جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
ظهر المهراز - فاس -

شعبة القانون الخاص
وحدة التكوين والبحث:
قانون الأسرة والطفولة

قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي
أية إمكانية للتطبيق؟

بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص

إعداد الطالب الباحث :
منيــر شعيبــي

تحت إشراف الدكتور:
محمد ناصر متيوي مشكوري

لجنة المناقشة:

- د.محمد ناصر متيوي مشكوري : رئيسا
- د. الطيــب خـــاي سيــدي : عضوا
- ذ. عمـــرو لمـــــــــزرع : عضوا

السنة الجامعية:
2005-2006م

إهـــــداء

إلى من قال المصطفى عليه السلام في حقها:

" إن الجنة تحت أقدام الأمهات".

أمي العزيزة رمز العطف والحنان.

إلى من كان نعم الأب والصديق والموجه: أبي العزيز الذي
هيأ لي جميع الظروف المادية والمعنوية طيلة مسيرتي الدراسية.

إلى أستاذي الفاضل الدكتور المقتدر محمد ناصر متيوي مشكوري
الذي كانت نصائحه وتوجيهاته القيمة بمثابة المصباح
الذي أنار لي طريق إنجاز هذا البحث.

إلى أخي وأخواتي كل واحدة باسمها

إلى جميع الأصدقاء والصديقات في كل مكان

إلى جميع أفراد الجالية المغربية بالمهجر

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

شكـــر وامتنـــان

لا يسعني وهذا البحث يرى النور إلا أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور المقتدر محمد ناصر متيوي مشكوري الذي شرفني أولا بقبول الإشراف على إنجاز هذا العمل المتواضع والذي لم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته القيمة طيلة مسيرتي الدراسية بالسلك الثالث، وثانيا على جهوده المتواصلة في سبيل خدمة البحث العلمي، إذ يكفينا فخرا أننا تتلمذنا على يدي هذا الأستاذ المقتدر فجزاه الله عني وعن جميع طلبة وحدة التكوين والبحث: قانون الأسرة والطفولة ألف خير.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذين المقتدرين: الطيب خاي سيدي وعمرو لمزرع اللذين شرفاني وقبلا بدون تردد قبول المشاركة في مناقشة هذا البحث، ومن خلالهما إلى جميع الأساتذة اللذين تتلمذت على يديهم طيلة مسيرتي الدراسية.

فتحية شكر وتقدير للجميع

بسم الله الرحمان الرحيم:

" وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون"

صدق الله العظيم

(سورة التوبة الآية 105)

- DIP : Droit International Privé
- RCIP : Revue Critique de Droit International Privé
- RIDC : Revue Internationale de Droit Comparé
- RTDC : Revue Trimestrielle de Droit Civil
- JDI : Journal de Droit International

المقدمة:

لقد أدت التحولات التي شهدها العالم خلال العشريات الأربع للقرن الماضي والتي تلت الحرب العالمية الثانية إلى بروز طاقة هائلة للهجرة الدولية اتسمت بأحادية التوجه من البلدان الفقيرة إلى الدول المتقدمة؛ وبمنظر جغرافي من دول الجنوب إلى دول الشمال؛ ولم تكن هذه الهجرة سوى نتيجة لعوامل كثيرة تمثلت أساسا في الأزمات الاقتصادية والاجتماعية التي كان يعيشها الفرد داخل مجتمعه؛ الأمر الذي دفعه إلى التفكير في مغادرة وطنه بحثا عن ظروف عيش أفضل؛ وبديل مرضي للوضع الذي كان يعيشه؛ وهي عوامل زاد في تدعيمها عولمة النظام الاقتصادي وتطور وسائل الاتصال بشكل سهل على هذا المواطن في البلدان المتخلفة معرفة الآخر ومقارنة ظروف معيشته؛ وكيفية احترام حقوقه وكرامته لدرجة جعلته يعيش حلم الوصول إلى هذا الآخر كيفما كانت الصعوبات التي سوف تواجهه[1].

ويعد المغرب من الدول التي عرفت هجرة مهمة نحو الأقطار الأوربية منذ عهد الحماية وبداية الاستقلال؛ وهي هجرة تنامت بشكل كبير في الفترات الأخيرة؛ حيث تشكل الجالية المغربية اليوم في أوربا أهم رابط اجتماعي ما بين الاتحاد الأوربي والمغرب على المستوى البشري؛ إذ يعيش هناك أكثر من 2185894 مهاجر مغربي[2]؛ ولا يقتصر الأمر على المستوى البشري بل إن هذه الجالية تلعب دورا مهما على المستوى الاقتصادي والثقافي؛ فاقتصاديا تقوم بدعم الدخل القومي للمغرب واستثماره وذلك بتحويل العملة الصعبة الأجنبية سنويا؛ أما على المستوى الثقافي فتعد جسرا مهما في هذا المجال؛ ومحورا رئيسيا على المستوى السياسي في اتفاقية الشراكة التي وقعها المغرب ودول الاتحاد الأوربي في نونبر 1995[3] .

أما بالنسبة للجانب الأوربي المستقبل للهجرة، فيمكن القول بأن الهجرة وحتى السرية منها لعبت دورا مهما في بناء وتطوير الاقتصاد الأوربي؛ ليس فقط في القطاعات التي يعزف الأوربيون عن الاشتغال فيها بالنظر لما تتطلبه من جهد جسدي؛ وإنما أيضا في

[1]- إبراهيم زعيم: الزواج المختلط، ضوابطه وإشكالياته؛ مجلة المحاكم المغربية العدد 96 السنة 2002 ص 40.
[2]- هذا دون احتساب الرقم الأسود الذي تشكله نسبة المهاجرين المغاربة المقيمين فوق الأراضي الأوربية بطريقة غير شرعية، وتتركز الهجرة المغربية بصفة خاصة في فرنسا؛ بلجيكا: 241859، هولندا 276655 وذلك حسب إحصائيات مؤسسة الحسن الثاني للمغاربة المقيمين بالخارج.
[3]- هند هاني: الحماية الدولية للمهاجرين العرب؛ حالة المهاجرين المغاربة نموذجا، مجلة المستقبل العربي العدد 274 السنة 2001، ص 122.

المجالات التقنية المتخصصة بفعل تغير السمة المميزة للهجرة من هجرة غير مؤهلة إلى ما أصبح يعرف بهجرة الأدمغة.

عموما إذا كانت ظاهرة الهجرة كظاهرة إنسانية وطبيعية قد استطاعت إلى حد ما تحقيق نوع من الرفاهية والاستقرار الاقتصادي للمهاجرين المغاربة في بلدان إقامتهم؛ فإنها بالمقابل ساهمت إلى حد كبير في احتدام النزاعات بشأن تطبيق القوانين الشخصية في مجال الأحوال الشخصية سيما عندما يتعلق الأمر بالنزاعات الدولية الخاصة التي تربط بين بلدين يسود احدهما نظام قانوني علماني يجعل من عهود ومواثيق حقوق الإنسان الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة مرجعيته المتبناة في صياغة القوانين الأسرية؛ وبين نظام قانوني ديني يكرس نظريات أسرية مستوحاة من الفقه الإسلامي كما هو الشأن في العلاقة بين المغرب وأوربا.

ويكمن أساس هذا الاختلاف والتنازع بين القوانين في كون مسائل الأحوال الشخصية تعتبر خزانا لخصوصيات كل شعب؛ وميدانا خصبا يكشف عن تنازع الحضارات والثقافات وكذا الاختلافات في السياسات التشريعية للدول؛ حيث رفضت بلدان الاستقبال الكثير من المؤسسات القانونية الإسلامية واعتبرتها متعارضة مع نظامها العام؛ كما أن البلدان الإسلامية ومنها المغرب ترفض بدورها الاعتراف بأي حق اكتسب بناءا على قواعد تلك البلدان من قبل رعاياها نظرا لما ترى فيها بدورها من تعارض مع نظامها العام.

ولعل السبب في ذلك راجع بالدرجة الأولى إلى الرهان الدائر بين رغبة البلدان الإسلامية في ضمان احترام هوية وثقافة رعاياها المستمدة في أغلبها من قواعد الفقه الإسلامي؛ ورغبة البلدان الأوربية المستقبلة في استيعاب هذه الجالية وجعلها تنصهر بسهولة في جسمها وحضارتها[1] .

لذلك وأمام هذا الوضع، فقد راهن المغرب لعقود طوال من أجل ضمان تطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية من قبل الجالية المغربية؛ والحفاظ من تم على وحدة النظام القانوني الذي يحكم الأسرة المغربية بالمهجر على قواعد الإسناد المنصوص عليها في الأنظمة القانونية لبعض بلدان أوربا الغربية والتي تسند الاختصاص في مجال الأحوال

[1]- خالد برجاوي: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية في دول المغرب العربي؛ دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المغاربي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ جامعة محمد الخامس؛ كلية الحقوق أكدال الرباط، 1993 / 1994 ص6.

الشخصية للقانون الوطني للشخص انطلاقا من المبدأ المعمول به دوليا في هذا الصدد؛ وهو مبدأ شخصية القوانين.

كما عمل المغرب من أجل بلوغ هذه الأهداف إلى السعي نحو إبرام اتفاقيات ثنائية مع بعض الدول المستقبلة للجالية المغربية كوسيلة ناجعة للتقليص من حجم النزاعات المثارة بشأن تطبيق القوانين الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية المغربية الفرنسية بشأن حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي ل 10 غشت 1981.

غير أنه بالرغم من ذلك، فإن صعوبة التوفيق بين القانون المغربي للأحوال الشخصية والقوانين الأسرية الأوربية جعلت من القضاء الأوربي حين يصل التصادم مدى لا يمكن معه التعايش أو استقبال بعض المؤسسات يستبعد القانون المغربي للأحوال الشخصية؛ إذ يتراوح عموما موقف الاجتهادات القضائية الأجنبية فيما يخص تفعيل مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المغربية بين الاستبعاد الكلي والجزئي لها؛ الأمر الذي يوحي بأن قاعدة التنازع التي توصي بتطبيق القانون الوطني توجد في مأزق؛ ولعل السبب في ذلك راجع بالدرجة الأولى لعدة أسباب نذكر منها ما يلي:

* الإستراتيجية التي تنهجها معظم الدول الأوربية في مقاربتها لظاهرة الهجرة والتي تعتمد في مجموعها مقاربة شبه موحدة مناطها إدماج واستيعاب الأجنبي بصرف النظر عن دينه وقيمه الخاصة؛ وإخضاعه لقيم وقوانين المجتمع الأوربي الذي يعمل ويقيم فيه؛ وقد عملت لتحقيق هذه الإستراتيجية؛ من جهة على قطع كل صلة بين المهاجر المغربي ووطنه الأصلي بما في ذلك حقه في الخضوع لقانونه الوطني في مجال أحواله الشخصية عن طريق تمديد مقتضيات قانون جنسية بلد الإقامة ليشمل كل من ولد فوق الأراضي الأوربية؛ وتفعيل مسطرة التجنيس بالنسبة للجيل الأول كما هو الشأن مثلا بالنسبة لمقتضيات الفصلين 8 و 9 من قانون 19 نونبر 1984 الخاص بالجنسية الهولندية، والذي يربط إمكانية الحصول على هذه الأخيرة بضرورة اندماج المهاجر المغربي في المجتمع الهولندي، الأمر الذي كان له تأثير في أوساط الجالية المغربية المقيمة في هذا البلد؛ حيث بلغ عدد المغاربة الذين حصلوا على الجنسية الهولندية سنة 1990 أي بعد مرور ست سنوات على صدور

هذا القانون حوالي 19400 مهاجر، أي ما يعادل 11 % من نسبة الجالية المغربية المقيمة بهولندا[1] .

ومن جهة أخرى العمل على تطوير ضوابط الإسناد بطريقة يتم فيها إسناد الاختصاص في مجال الأحوال الشخصية ما أمكن لقوانين بلد الإقامة، كما هو الشأن بالنسبة لضابط الموطن أو الإقامة الاعتيادية؛ ومؤخرا ضابط الإرادة والمصلحة الفضلى للطفل؛ وذلك في مقابل التقليص من نطاق ضابط الجنسية كوسيلة لاستبعاد القانون المغربي للأحوال الشخصية من حلبة المنافسة .

* عولمة حقوق الإنسان ولبرلتها على الصعيد الدولي من خلال سيادة مفهوم الحرية الشخصية للأفراد ومبدأ المساواة في التعامل، بحيث أصبح من الصعب جدا على أية دولة أن تتذرع بخصوصيتها بهدف عدم احترام المقتضيات الناظمة لحقوق الإنسان [2] ؛ هذا فضلا عن التأثير الذي أحدثته المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على القضاء الأوربي بطريقة جعلت هذا الأخير يصيغ تقنية جديدة لاستبعاد القوانين ذات المصدر الإسلامي، ومنها القانون المغربي للأحوال الشخصية؛ وذلك من قبيل الدفع بالنظام العام الأوربي الذي يرتكز على الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان بملاحقها الإحدى عشر؛ وخاصة البرتوكول رقم 7 الملحق بها والمؤرخ في 22 دجنبر 1984 الذي يكرس المساواة التامة بين الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات التي تنشأ عند الزواج؛ وأثناء سريانه؛ ولدى انحلاله.

من هذا المنطلق؛ واعتبارا لكون مدونة الأحوال الشخصية السابقة لسنة 1957 مع ما أدخل عليها من تعديلات سنة 1993 لم تكن قادرة على ضمان حماية كافية وملائمة لمعالجة مختلف الاشكالات القانونية الأسرية للجالية المغربية المقيمة بالمهجر؛ حيث كانت النتيجة هي وجود حالات وأوضاع شاذة تعيشها الأسرة المغربية المهاجرة، من ذلك زواج قانوني معترف به في بلد الإقامة وغير معترف به في بلد الأصل؛ وطلاق قانوني في موطن الهجرة ولكن لا أثر له في موطن الأصل.... وهناك نساء تم طلاقهن طبقا لقانون بلد الإقامة لحصولهن على الجنسية، أو طبقا لضابط الإرادة أو الموطن وتزوجن من جديد

[1]- جميلة أحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكدال الرباط 1994 / 1995 ص 68 – 69.

[2]- إدريس بلماحي: " مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي"؛ مداخلة في ندوة علمية حول " الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية"، نظمت بالرباط من طرف وزارة حقوق الإنسان بتاريخ 19 – 20 – 21 اكتوبر 2002؛ من منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، ؛ مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى، دجنبر 2002، ص 15.

برجل آخر؛ لكن لما دخلن إلى المغرب تمت مطالبتهن بالرجوع إلى بيت الزوجية من طرف الزوج الأول لأنهن حسب قانون بلد الأصل لازلن في عصمته؛ ناهيك عن مشاكل النسب والنفقة والحضانة وحق الزيارة[1] .

وكذا اعتبارا لمصادقة المملكة المغربية خلال العقود الأخيرة على مجموعة من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وخصوصا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[2] واتفاقية حقوق الطفل [3] من جهة؛ واستجابة للتوجهات السياسية والاقتصادية المعبرة عن رغبة المغرب في الانضمام للاتحاد الأوربي؛ وعن اضطراره تحت ضغط الانفتاح الاقتصادي العالمي الجديد إلى ضرورة ملائمة أنظمة وقوانينه لذلك، حيث نصت المادة 52 من اتفاقية الشراكة التي تربط المغرب بالاتحاد الأوربي على أن من بين أهداف هذه الشراكة مساعدة المغرب على تقريب تشريعاته من تشريع الاتحاد في جميع المجالات، بل إن المادة الثانية من هذه الاتفاقية تنص على: " أن احترام المبادئ الديمقراطية والحقوق الأساسية للإنسان كما هي منصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تعتبر عنصرا أساسيا في هذا الاتفاق"[4] من جهة أخرى.

اعتبارا لكل ذلك كان من المنتظر أن تواكب هذه التطورات تحولات تهم التشريعات المنظمة للأحوال الشخصية وشؤون الأسرة لتكون في مستوى التطلعات وقادرة على مواكبة وثيرتها المتسارعة في ظل مقاربة ثنائية تحافظ وتزاوج بين روح الانفتاح والتسامح، وبين التأكيد على التشبث بجذور الأصالة المستمدة روافدها من الإسلام كمكون حضاري ومصدر تشريعي أساسي لا محيد عنه، ويتعلق الأمر بصدور القانون رقم 03 – 70 الذي يهم تنظيم قانون الأسرة بالمغرب[5].

هذا القانون الذي حاول من خلاله المشرع المغربي تنظيم وضعية الأسرة المغربية ليس فقط داخل أرض الوطن، بل حتى تلك المقيمة بالخارج، حيث تم التنصيص ولأول مرة

---

[1]- زهور الحر: مدونة الأسرة وقضايا الجالية المغربية المهاجرة، الاتحاد الاشتراكي، الأربعاء 28 يناير 2004 منشورات ملفات : طارق بن زياد: مدونة الأسرة، ضمان حقوق المرأة" الرباط 2004.

[2]- صادق عليها المغرب بتاريخ 21 يونيو 1993، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 4866 بتاريخ 18 يناير 2001، ص 266.

[3]- صادق عليها المغرب كذلك بتاريخ 21 يونيو 1993، ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996، ص 2847.

[4]- الحسن الوزاني الشاهدي:" الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي المغربي في مجال حقوق الإنسان"؛ مداخلة في ندوة علمية حول " الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية"، نظمت بالرباط من طرف الوزارة المكلفة بحقوق الإنسان بتاريخ 19 – 20 – 21 أكتوبر 2002، من منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، ، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى، دجنبر 2002 ص 108.

[5]- تم ذلك بموجب الظهير الشريف رقم 22 . 04 . 1 الصادر بتاريخ 12 ذي الحجة 1424، الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03 – 70 بمثابة مدونة الأسرة، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ، ص418.

على أحكام جديدة تهم هذه الشريحة من المواطنين التي لم تكن النصوص المعمول بها في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة تتلائم مع أوضاعها ولا تسايرها، وقد همت هذه التعديلات بصفة أساسية ما يتعلق بإبرام عقد الزواج وانحلاله من خلال السماح لهم بإبرام عقد زواجهم طبقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة وتكريس مبدأ الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية فضلا عن توسيع أسباب طلب التطليق من طرف الزوجة؛ ثم ما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية من خلال إدخال نوع من المرونة على النظام العام المغربي عند النظر في طلبات منح الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة في حق الجالية المغربية بالخارج، وهي تعديلات من شأنها تعزيز القدرة التنافسية للقانون المغربي للأحوال الشخصية عند نظره في النزاعات الأسرية التي تهم الجالية المغربية، فهل فعلا الأمر كذلك؟

من هذا المنطلق جاء اختيار هذا الموضوع، وهو اختيار لم يكن من قبيل الصدفة وإنما جاء نتيجة لتظافر عدة اعتبارات منها ما هو ذاتي ومنها ما هو موضوعي:

وهكذا فبخصوص الاعتبارات الموضوعية فإنها تنبع من الأهمية التي يكتسيها هذا الموضوع والتي نجملها فيما يلي:

* ارتفاع نسبة الأسر المغربية المتواجدة بالخارج مما يستوجب إثارة الانتباه إلى واقع هذه الأسر سيما في ظل التحولات العميقة التي عرفها القانون المغربي المنظم لشؤون الأسرة.

* رصد تطور العمل القضائي الأوربي في كيفية تعامله مع القانون الوطني المنظم للروابط العائلية للجالية المغربية ومحاولة توجيهه نحو التفاعل الإيجابي معه بما يخدم مصالح المهاجر المغربي ويمكن من تسوية وضعيته الاجتماعية والقانونية.

* مدى القصور الذي يشوب الحلول المعتمدة على مستوى الروابط الأسرية عبر الوطنية، الأمر الذي يستوجب تقييم أهمية المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة من جهة في معالجة المشاكل القانونية والاجتماعية التي تعاني منها الأسرة المغربية في بلاد المهجر في ظل التحولات الطارئة التي تعرفها ضوابط الإسناد، ومن جهة أخرى مدى قدرتها في مواجهة الصراع الإيديولوجي والحضاري الشرس بين الثقافات بحكم سياسة

العولمة التي ما فتئت تعمل على تعميم النهج الحضاري الغربي في مجال حقوق الإنسان على مختلف المجتمعات الإنسانية.

أما بالنسبة للاعتبارات الذاتية فيمكن إجمالها في النقط التالية:

* جدة الموضوع والتي تتضح من خلال ندرة الكتابات والاجتهادات القضائية الصادرة في ظل مدونة الأسرة، حيث أن هذا الموضوع إذا كان قد حضي بقدر لا يستهان به من الدراسة في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة، والذي تجسد على الصعيد العلمي في عدد وجودة الدراسات الأكاديمية المنجزة بهذا الخصوص سواء من طرف الباحثين الأجانب أو المغاربة؛ فإنه لم يحض بمثل ذلك في ظل القانون الجديد للأسرة الذي لم يمر على صدوره سوى سنتين؛ لذلك يبقى هذا الموضوع يحتاج للمزيد من الدراسة والبحث بالنظر لما يطرحه من إشكالات متعددة تتأرجح ما بين عالمية حقوق الإنسان وتطور حقوق الأسرة.

* الرغبة في الوقوف على أحوال الجالية المغربية من حيث نظام أحوالها الشخصية؛ ومن تم وضع اليد على المعاناة التي تواجهها بسبب التمفصل بين قوانين متنافرة يعتمد بعضها مرجعية دينية في مجال الروابط العائلية؛ وأخرى قائمة على الفكر العلماني الذي لا يؤمن إلا بثقافة الحرية والمساواة التامة بين الجنسين.

* ثم أخيرا الرغبة في المساهمة في البحث عن خيارات مناسبة لتدعيم مكانة قانون الأسرة المغربي في حكم الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالمهجر.

إذا ثبت ذلك؛ وفي إطار احترام الضابط الزماني والمكاني الذي يفرضه مجال البحث العلمي نشير إلى أن هذه الدراسة لن تقتصر فقط على تناول المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، بل سنعمد بين الفينة والأخرى إلى إجراء نوع من المقارنة بين هاته المستجدات وما كان سائدا في ظل مدونة الأحوال الشخصية، حيث سننطلق من الانتقادات التي كانت توجه لهذه الأخيرة لمعرفة مدى قدرة الجديد الذي جاءت به مدونة الأسرة في كسب اعتراف السلطات القضائية الأجنبية، ولتحقيق هذه الغاية فقد استعملنا عند صياغة عنوان هذا البحث مصطلح قانون الأسرة، وليس مدونة الأسرة أو مدونة الأحوال الشخصية على اعتبار أن مصطلح قانون الأسرة شامل للمدونتين معا.

كما أنه ولما كان من غير الممكن أن نتناول واقع الأسرة المغربية ومن خلاله وضعية قانون الأسرة المغربي في جل الأنظمة القضائية الأوربية فإننا سنركز على بعض النماذج القضائية لبعض الدول الأوربية التي تستقطب نسبة مهمة من الجالية المغربية، وذلك بالنظر لما يوجد بين هذه النماذج والقانون المغربي من اختلافات جوهرية راجعة لعدم تماثل مرجعيتها الإيديولوجية والثقافية والدينية والأخلاقية.

من هذا المنطلق واعتمادا على ما مر بنا يمكن صياغة الإشكالية التي يروم هذا الموضوع بحثها على الشكل التالي:

ما مدى إمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي في صيغته الجديدة من طرف القضاء الأوربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية سيما في ظل التحولات التي تعرفها الأنظمة القانونية الأسرية الغربية؛ إن على مستوى تطور ضوابط الإسناد؛ أو على مستوى تكريس مفاهيم الحرية والمساواة في صلب القواعد المنظمة للروابط الأسرية والتي أضحت تشكل جزءا من النظام العام الأوربي؟

إن تحليل هذه الإشكالية لن يتأتى إلا من خلال المزاوجة بين أمرين اثنين: البحث أولا في مكانة ووضعية قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأجنبي والأوربي على الخصوص من خلال الوقوف على كيفية تعامل هذا الأخير مع القانون المغربي للأحوال الشخصية سواء على مستوى محاكم الموضوع أو محاكم النقض سيما بعد التعديلات المهمة التي طرأت على هذا الأخير بصدور مدونة الأسرة، ثم ثانيا استجلاء مختلف العراقيل التي تضعها بلدان الاستقبال في وجه تطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية خاصة ما يتعلق منها بتطور مفهوم النظام العام في الدول الأوربية وبروز ضوابط إسناد جديدة في مجال الروابط الأسرية عبر الوطنية لنخلص في الأخير إلى تقديم بعض الاقتراحات التي من شانها تدعيم مكانة قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي.

وعليه فقد ارتأينا تقسيم موضوع هذا البحث إلى قسمين رئيسيين:

القسم الأول: إمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرة للجالية المغربية بالمهجر.

القسم الثاني: مثبطات تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي وآليات تجاوزها.

القسم الأول: إمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية بالمهجر.

إن تنظيم وتسوية الوضعية الأسرية للجالية المغربية المقيمة بالخارج حظيت وتحظى باهتمام كبير في إطار القواعد المنظمة للروابط الدولية الخاصة، وذلك تبعا لأهمية تلك الجالية في النسيج الاقتصادي والاجتماعي المغربي [1]؛ وكذلك لما يتطلبه وجودها خارج أرض الوطن من ضبط دقيق لوضعية أفرادها والعمل على ضمان ارتباطهم بوطنهم الأصلي من خلال إخضاع أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني.

غير أنه ولما كان التنازع بين القوانين الأوربية والقوانين الإسلامية ومنه القانون المغربي للأحوال الشخصية يشكل تجليا حقيقيا للتصادم بين القيم الحضارية، بسبب ما يوجد بين هذه القوانين من اختلافات جوهرية راجعة لعدم تماثل مرجعيتها الثقافية والدينية والأخلاقية؛ فإن تطبيق القانون الشخصي الذي هو مدونة الأسرة على الجالية المغربية بالمهجر يقتضي بالضرورة ملائمة هذا القانون مع معايير النموذج الأممي لحقوق الإنسان التي أضحت تشكل رهانا يجب على المغرب مسايرته إن أراد أن يضمن وحدة النظام القانوني المطبق على مواطنيه بالمهجر.

---

[1]- حيث ان تحويلات العمال المغاربة في المهجر تتبوأ المكانة الثانية في الاقتصاد المغربي بعد الصناعة التقليدية الأمر الذي يشكل دعما مهما للدخل القومي المغربي؛ وهذا فضلا على أن التواجد المكثف للجالية المغربية بأوربا يشكل أهم رابط اجتماعي بين الاتحاد الأوربي والمغرب على المستوى البشري.
- للمزيد من التفاصيل راجع: هند هاني : مرجع سابق ص 122 وما بعدها.

لذلك فإن معرفة مدى إمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية؛ لابد أولا من التعرض لموقف مختلف الأنظمة القضائية في الدول المستقبلة لهذه الجالية من تطبيق القانون الأجنبي عامة؛ وقانون الأسرة المغربي بصفة خاصة – **الفصل الأول** –

ثم ثانيا اختبار أهمية المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة والدور الذي يمكن أن تقوم به في ضمان احترام تطبيق القانون الشخصي على الجالية المغربية؛ ومن تم تعزيز القدرة التنافسية لهذا القانون؛ وإعطائه فرص أكبر لأن يتم اختياره من طرف القضاء الأوربي كلما عرض عليه نزاع يتعلق بالجالية المغربية – **الفصل الثاني-**

الفصل الأول: موقف القضاء الأوربي من تطبيق قانون الأسرة المغربي.

إذا كان طبيعيا أن المنازعات الأسرية داخل المغرب تحال على قضائه؛ فإن المنازعات الأسرية التي تقع خارجه على العكس من ذلك يلجأ بشأنها إلى قضاء الدولة التي يتواجد بها أطراف النزاع، على اعتبار أن القضاء مظهر من مظاهر سيادة الدولة وأن الاحتكام إلى قضاء هذه الدول تحكمه قاعدة أساسية تتعلق بتطبيق قوانينهم الشخصية[1].

لذلك ولما كانت جل الأنظمة القضائية إن لم نقل جميعها تقوم على مبدأ ازدواجية القضاء أو ما يسمى بمبدأ التقاضي على درجتين، بالإضافة إلى وجود محكمة عليا تسهر على ضمان التطبيق السليم للقانون من طرف محاكم الموضوع، فإن معرفة موقف القضاء الأوربي من تطبيق قانون الأسرة المغربي يقتضي البحث أولا في وضعية هذا القانون أمام قضاء الموضوع – **المبحث الأول-**

ثم ثانيا إبراز دور رقابة المحاكم العليا الأجنبية في تكريس احترام تطبيق القانون الشخصي المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية بالمهجر – **المبحث الثاني-**

[1]- الحسين الملكي: الأسرة المغربية بالمهجر وقضايا الأحوال الشخصية، جريدة العلم عدد 19505، 14 أكتوبر 2003، ص 5.

المبحث الأول: وضعية قانون الأسرة المغربي أمام قضاء الموضوع

إن التصدي لمعرفة وضعية القانون المغربي للأحوال الشخصية أمام قضاء الموضوع[1] يقتضي من جهة؛ البحث في الأساس القانوني المعتمد من طرف هذا القضاء في تطبيق قانون الأسرة المغربي والقانون الأجنبي عامة؛ ويتعلق الأمر أساسا بإعمال المنهج التنازعي الذي تشكل قواعد الإسناد أحد مكوناته الأساسية – **المطلب الأول**-

فإن أشارت هذه القواعد إلى تطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية على الجالية المغربية بالمهجر، فلا شك أن هذا القانون يعتبر أجنبيا عن القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع ولا تنطبق بشأنه قاعدة: " يجب على القاضي العلم بالقانون"؛ الأمر الذي يستدعي من جهة ثانية التساؤل عن السلطة التي يتمتع بها هذا القاضي في الكشف عن مضمون قانون الأسرة المغربي – **المطلب الثاني**-

المطلب الأول: أساس تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي.

من المبادئ المسلم بها في القانون الدولي الخاص أن القاضي المرفوع أمامه النزاع يحل تنازع القوانين وفقا لقواعد الإسناد المضمنة في قانون البلد الذي يحكم باسمه [2]؛ مما يعني أن القاضي الأجنبي لا يطـبق قانون الأسرة المغربي متطوعا، وإنما يفعل ذلك إذعانا لأمر مشرعه الوطني بموجب قواعد الإسناد المضمنة في قانونه الداخلي.

[1]- نقصد بقضاء الموضوع محاكم الدرجتين الأولى والثانية على اختلاف تسمياتهما.
[2]- المسعودي العياشي: محاضرات في القانون الدولي الخاص، 1992، ص 16.

وقواعد الإسناد هاته [1] إما أن تكون وطنية ينفرد المشرع الوطني بتحديدها طبقا لتوجهاته وتصوراته في معالجة ظاهرة الهجرة؛ وإما أن تكون موضوع اتفاق بين دولتين أو أكثر في إطار اتفاقية تجمع بينهما.

غير أنه في جميع الأحوال؛ فإن القانون المغربي لا يمكنه أن يتدخل لحكم الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالخارج إلا إذا تضمنت قواعد الإسناد هاته – الوطنية أو الاتفاقية- ضابط الجنسية كعنصر ارتباط في مجال الأحوال الشخصية؛ الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن موقع قانون الجنسية ضمن ضوابط الإسناد الوطنية – **الفقرة الأولى-**

ثم هل استطاعت قواعد الإسناد المضمنة في الاتفاقيات الثنائية أن تضمن احترام أفضل لتطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية على الأوضاع الأسرية للجالية المغربية بالمهجر – **الفقرة الثانية** –

الفقرة الأولى: الوضع في قواعد الإسناد الوطنية

إن إسناد الأحوال الشخصية لقانون الجنسية؛ أي للقانون الوطني للطرفين يعتبر من أبرز الحقوق ذات السبق التاريخي في التطبيق سواء من خلال العرف الدولي أو القانون الوضعي .

ويعد الفقيه الإيطالي Mancini أول من كان له الفضل في وضع أدوات التحليل التنازعي[2] وذلك من خلال نظريته الشخصانية القانونية [3]، حيث أكد على أن القانون الذي يجب أن تخضع له الأحوال الشخصية هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته مهما كان المكان الذي يتواجد فيه هذا الشخص أو الشيء محل العلاقات القانونية[4].

[1]- يمكن تعريف قواعد الإسناد: بأنها مجموعة من القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي؛ كما يمكن تحديدها بأنها القواعد التي توضح لنا القانون الأصلح حسب ما يراه المشرع الوطني لتنظيم المراكز القانونية للأفراد إذا ما اشتملت على عنصر أجنبي.
- للمزيد من التفاصيل حول قاعدة الإسناد راجع: أحمد زوكاغي: أحكام القانون د خ في التشريع المغربي تنازع القوانين، الجزء الثاني، دار توبقال للنشر الطبعة الأولى 1992.

[2]- بل إن قاعدة شخصية القوانين في مجال الأحوال الشخصية ترجع إلى ما أوثر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من إخضاع الأجانب في أحوالهم الشخصية لقانونهم الشخصي تبعا لقوله المأثور : " دعهم وما يدينون"، ذلك أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو ترك نكاح الذميين لشرائعهم، راجع في هذا الإطار: الحسين والقيد والعبدوني أحمد: الزواج المختلط في دول المغرب العربي، مجلة الميادين العدد 5، السنة 1990 ص 109.

[3]- وفي هذا الإطار يقول الفقيه الإيطالي Mancini الجنسية هي أساس القانون الدولي الخاص.

[4]- إذن الأساس الذي انطلق منهMancini لتقرير مبدأ الخضوع للقانون الوطني في مجال الأحوال الشخصية هو سياسي، وينحدر من القانون الدولي العام المتمثل في كون كل تجمع للأشخاص موحدين في أصلهم العرقي ولهم لغة واحدة ودين واحد، ويشكلون أمة واحدة، يلزم أن تكون لهم دولة واحدة مستقلة، فسيادة الدولة لا يمكن أن تؤدي إلى الإستبداد في الحالة التي تتوافق فيها جنسية الرعايا مع جنسية تلك الدولة، انظر في هذا الصدد: محمد ناصر متيوي مشكوري، مبادئ في القانون الدولي الخاص مكتبة المعارف الجامعية 2001 ص 19 .

ومن جهة أخرى فإن إسناد الأحوال الشخصية للقانون الوطني للطرفين يجد تبريره في أكثر من موضع:

فإضافة إلى أن ذلك من شانه أن يراعي حقا من حقوق الإنسان الذي تضمنته الاتفاقيات الدولية وخاصة الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم في فصلها 31[1]؛ ويتعلق الأمر أساسا بالحفاظ على الهوية والخصوصية الوطنية؛ هذه الخصوصية تتمثل في الشعور القومي والرابطة الروحية التي تربط الفرد بدولته [2]؛ فإن اعتماد الجنسية كضابط إسناد في مجال الأحوال الشخصية من شأنه أن يأخذ في الاعتبار إمكانية العودة المحتملة للمهاجرين لوطنهم الأصلي [3]، باعتباره القانون الأكثر ثباتا واستقرارا والأقل عرضة للتبديل والتغيير مقارنة مع غيره من ضوابط الإسناد[4].

إذا ثبت ذلك نعود إلى قواعد الإسناد المضمنة في الأنظمة القانونية للدول المستقبلة للجالية المغربية وذلك لمعرفة موقع قانون الجنسية ضمنها.

وفي هذا الإطار نشير إلى أن معظم الدول الأوربية باستثناء الدول الأنجلو أمريكية تأخذ بمبدأ شخصية القوانين في مجال الأحوال الشخصية، ومن ذلك على سبيل المثال:

- القانون المدني الفرنسي والقانون المدني البلجيكي في فصلهما الثالث،والذي يقضي بإخضاع الحالة الشخصية للقانون الوطني[5].

- القانون المدني الهولندي الصادر بتاريخ 25 ماي 1981 بشأن تنازع القوانين في مادة انحلال الزواج والانفصال الجسماني والاعتراف بهما[6].

- القانون المدني الإسباني في فصله 107 والقاضي بإخضاع الفصل والطلاق للقانون الوطني المشترك للزوجين وقت تقديم الطلب[7]...الخ.

---

[1]- تنص هذه الاتفاقية الصادرة بتاريخ 18 دجنبر 1990 في مادتها 31 الفقرة 1: على التزام الدول الأطراف بأن تضمن احترام الهوية الثقافية للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم، ولا تمنعهم من الاحتفاظ بوشائجهم الثقافية مع دولة منشئهم.

[2]- ولاشك أن إسناد الأحوال الشخصية لقانون الجنسية بشكل أهم رابط بين المهاجرين المغاربة ووطنهم الأصلي، فقانون الشخص الوطني يشكل جزءا من هويته.

[3]- هشام أصنيب، ضابط الإرادة في الأحوال الشخصية وآثاره على الجالية المغربية بأوربا الغربية، رسالة لنيلدبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق فاس 2002 – 2003 ص 37.

[4]- الأمر الذي يتلائم مع مؤسسة الأحوال الشخصية التي بدورها يحتاج تنظيمها إلى شيء من الثبات والدوام والاستقرار.

[5] - Jean Yves carlier : « Autonomie de la volanté et statut personnel », cahier des droits maghrebins vol N° 1 janvier ; juin 1995 p 8.

[6]- والذي ينص في فصله الأول: لأجل التعرف على أسباب الطلاق والانفصال ينبغي الإسناد إلى القانون الوطني المشترك في حالة ما إذا كان للزوجين جنسية مشتركة

[7]- عبد المنعم فلوس: أحكام الأسرة للجالية المغربية بإسبانيا. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص كلية الحقوق السويسي الرباط 1995 / 1996 ص 144.

إجمالا يمكن القول بأنه إذا كان ضابط الجنسية لازال يجد مكانه في جل الأنظمة القانونية الأوربية[1]، مع ما يعنيه ذلك على الأقل من الناحية النظرية من إخضاع الجالية المغربية المتواجدة خارج أرض الوطن لقانونها الوطني، فإنه على مستوى التطبيق العملي يلاحظ أن مبدأ شخصية القوانين أصبح مبدأ منكوبا لا يحضى بنفس الاهتمام الذي كان يتمتع به، وذلك نتيجة للسياسة التي انتهجتها أغلب الدول الغربية تجاه الجالية المسلمة بصفة عامة والمغربية بصفة خاصة؛ والتي تمحورت في سياسة الإدماج؛ ومنح المغاربة المقيمين بالخارج صفة مواطن، هذا فضلا عن إستراتيجية تغيير ضوابط الإسناد التي أصبحت تعتمد من طرف الدول المستقبلة للهجرة كرد فعل طبيعي عن عجز أنظمتها القضائية عن مسايرة زخم القوانين الأجنبية الواردة عليها والتي تتبارى في حلبة المنافسة للاستحواذ على الاختصاص[2]، حيث صار التفكير أمام استحالة استرضاء خاطر مختلف هذه القوانين منصبا في اتجاه اقتطاع بعضا من مجالات الجنسية لفائدة ضوابط أخرى كما سيتضح في القسم الثاني من هذه الدراسة، الأمر الذي من شانه أن يؤدي إلى تكريس التنافر والتناقض بين القواعد الوطنية المتعلقة بالروابط الدولية الخاصة نتيجة لتمسك كل دولة بقانونها باعتباره مظهرا من مظاهر سيادتها.

لذلك وأمام هذا المسار الذي انتهجته اغلب الدول الغربية في تعاملها مع القوانين الأصلية للمهاجرين الوافدين عليها؛ وما كشفه من صعوبات التوفيق بين أنظمة قانونية متنافرة؛ لجأت الدول المصدرة للهجرة ومن ضمنها المغرب إلى التفكير في صياغة قواعد وضوابط إسناد أكثر مرونة من تلك التي تتضمنها القوانين الوطنية وذلك من خلال نهج أسلوب الاتفاقيات الثنائية.

فهل فعلا استطاعت ضوابط الإسناد المقررة في مثل هذه الاتفاقيات أن تضمن احترام أفضل لتطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية؟

---

[1]- ولا يقتصر الأمر على الأنظمة الأوربية، بل إن ضابط الجنسية يشكل ضابط الإسناد الرئيسي في جل الأنظمة العربية ومنها:
- ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب ل12 غشت 1913 والذي نص في فصله الثامن على إخضاع الحق في إبرام الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين وكذا المادة 3 التي تنص على إخضاع الفرنسيين والأجانب لقانونهم الوطني في مجال الحالة والأهلية.
- القانون المدني الجزائري لسنة 1974 والذي ينص في فصله 11 على أن الشروط الخاصة بصحة الزواج يطبق عليها القانون الوطني لكل من الزوجين.
- القانون المدني الليبي لسنة 1957 والذي ينص في فصله 12 على أنه يرجع في الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون كل من الزوجين ... إلى غير ذلك، راجع في هذا الإطار: عبد الكريم الطالب، دور اتفاقيات الأحوال الشخصية في تنمية التعاون بين دول اتحاد المغرب العربي والاتحاد الأوربي، الزواج والطلاق نموذجا، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 46 – 2002 ص 84 وما بعدها.

[2]- موحى ولحسن ميموني: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف العدد 4 شتنبر 2004، مطبعة النجاح الجديدة ص 107.

الفقرة الثانية: الوضع في قواعد الإسناد الاتفاقية.

لقد عمل المغرب منذ مدة طويلة في محاولة منه لضمان وحدة النظام القانوني للأسرة المغربية بالمهجر. ونفاذ الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية على جميع المغاربة [1] على إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية مع بعض الدول الأوربية التي تستقطب نسبة مهمة من الجالية المغربية.

وتعد الاتفاقية المغربية الفرنسية بشأن حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي المؤرخة في 10 غشت 1981[2] من أهم الاتفاقيات التي تم الجنوح إليها لتحقيق هذه الغاية.

لذلك سوف نقتصر في هذه الفقرة على دراسة هذه الاتفاقية مادامت أنها تتضمن نفس الحلول المعتمدة في باقي الاتفاقيات الثنائية التي وقعها المغرب مع دول اخرى [3]، وذلك لمعرفة مدى قدرة قواعد الإسناد المضمنة فيها في ضمان التطبيق السليم للقانون المغربي من طرف القضاء الأجنبي.

إذ ثبت ذلك وبغض النظر عن المبررات التي دفعت الطرفين المغربي والفرنسي لإبرام هذه الاتفاقية [4]؛ فإن أول ملاحظة يمكن تسجيلها هي تأكيد هذه الاتفاقية على احد المبادئ الأساسية المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص، ألا وهو مبدأ شخصية

---

[1]- وكذا من أجل تقليص التضارب القائم بين القانون المغربي للأحوال الشخصية والقوانين الأوربية، وتلافي الآثار السلبية المترتبة عن اختلاف القواعد الإجرائية في مجال الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

[2]- صادق عليها الجانب الفرنسي بتاريخ 10 – 06 – 1982 ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 1 – 06 – 1983 بينما لم تنشر في المغرب إلا بتاريخ 12 – 07 – 1987 وذلك بالجريدة الرسمية عدد 3910 / 12 اكتوبر 1987، ص 931.

[3]- ومن هذه الاتفاقيات نذكر:

- الاتفاقية المغربية البلجيكية بتاريخ 30 أبريل 1991 حول الاعتراف وتنفيذ الأحكام القضائية بشأن الحضانة وزيارة الأولاد.
- الاتفاقية المغربية الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال بتاريخ 30 ماي 1997.
- مشروع اتفاقية مع هولندا بتاريخ 1984 في مجال الأحوال الشخصية.

للمزيد من التفاصيل: راجع: عبد الرزاق مولاي رشيد : " العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي"، مداخلة في لقاء دراسي نظم بالبيضاء بتاريخ 14 – 10 – 2000 تحت عنوان: " مشاكل المرأة المغربية مع القانون" ، منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، سلسلة لنكسر الصمت ع 3 / 2001 ص 114 وما بعدها.

[4]- بخصوص الطرف المغربي فإن مبررات إبرام هذه الاتفاقية يمكن إجمالها فيما يلي:

- التعديل الذي أدخل على الفصل 310 من القانون المدني الفرنسي بتاريخ 11 يوليوز 1975 والتي تنص على إخضاع الطلاق والفصل الجسماني لقانون الموطن.
- وفاء المغرب للمرجعية الدينية بخصوص الأحوال الشخصية التي تعد صمام الأمان للهوية كما جاء في ديباجة هذه الاتفاقية..الخ.

أما بالنسبة للطرف الفرنسي فيمكن القول بأن استجابته لإبرام هذه الاتفاقية لم تنبع من روح تنمية التعاون في مجال الروابط الأسرية بل كان مدفوعا بفعل عدة مؤثرات منها:

– الأثار الخطيرة التي خلفها اختطاف الأطفال الناتجين عن زواج مختلط.
- التخوف من أن يعمد الطرف المغربي على إعمال مبدأ المعاملة بالمثل ويخضع الفرنسيين فيما يخص الطلاق للقانون المغربي للأحوال الشخصية خاصة أمام تنامي النداءات المطالبة بتطبيق مدونة الأحوال الشخصية على كل الأجانب فوق التراب الوطني، أنظر في هذا الصدد: جان بييري : جانب غير منتظر من التبادل غير المتكافئ في ق د خ، علاقة الأحوال الشخصية بين الإسلام وأوربا؛ مجلة القضاء والقانون العدد 144 السنة 1992 ص 95 وما بعدها.

القوانين مع ما يعنيه ذلك من إخضاع الجالية المغربية المقيمة بفرنسا فيما يتعلق بأحوالها الشخصية لقانونها الوطني والذي تمثله مدونة الأسرة.

حيث نصت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية على أن يطبق على كل من الزوجين قانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها فيما يخص الشروط الجوهرية للزواج؛ في حين أخضعت الإجراءات الشكلية للزواج لقانون الدولة التي يبرم فيها، فإذا تم الإبرام وفقا للقانون الفرنسي فإنه يجب أن يسجل لإضفاء الشرعية عليه اتجاه القانون المغربي من طرف الموظفين القنصليين المختصين[1]، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة إمكانية تطبيق قانون الدولتين معا على اعتبار أن الغرض من التسجيل هو التأكد من احترام الشروط الجوهرية للزواج كما هي واردة في مدونة الأحوال الشخصية.

أما فيما يخص القانون المطبق على الآثار الشخصية للزواج، فإن الاتفاقية وإيمانا منها بتفصيل الرعايا لقانون دولتهم سمحت لهم بالخروج عن القاعدة التي تقضي بتطبيق قانون الموطن المشترك والرجوع إلى قانون الجنسية [2]؛ بصرف النظر عن مكان وجود موطنهما[3].

فمن خلال هذه القواعد يتضح أن الاتفاقية المغربية الفرنسية قد تبنت قواعد إسناد مرنة من شأنها أن تعزز من مكانة القانون المغربي للأحوال الشخصية أمام القضاء الفرنسي. لكن هل فعلا التطبيق القضائي للاتفاقية يسير في هذا الاتجاه؟

من خلال تتبع شروط تطبيق هذه الاتفاقية عمليا سيما من طرف القضاء الفرنسي يمكن القول أن هذا القضاء لم يستقر على موقف موحد، فتارة يقضي بتطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية طبقا لقواعد الإسناد الواردة في الاتفاقية[4]، وتارة أخرى يتجاهل وجود الاتفاقية وينتصر لنزعته الوطنية من خلال تطبيق قانونه الوطني.

---

[1]- المادة 6 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

[2]- حيث أعطت هذه الاتفاقية الأولوية للجنسية المشتركة على الموطن المشترك وذلك بإخضاع انحلال الزواج لقانون إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجان يوم تقييد الطلب، فإن اختلفت جنسية الزوجين فإن انحلال الزواج يعلن عنه وفقا لقانون الدولة التي يوجد فوق ترابها الموطن المشترك إذ وجد أوآخر موطن مشترك لهما، انظر المادة 9 من الاتفاقية المغربية الفرنسية.

[3]- وهذا لا ريب عامل سيساعد على احترام المبادئ الأساسية التي يقوم عليها ق د خ سيما مبدأ شخصية القوانين، كما أنه تشجيعا لتوحيد الرؤى بين قانون البلدين، لم تتوانى الاتفاقية المغربية الفرنسية في الاعتراف بعقود انحلال العلاقة الزوجية المقامة وفقا لمقتضيات القانون المغربي بين مغربيين او مغربي وفرنسية بشرط أن تكون انتهائية وبطلب من الزوجة وفقا لشروط التطليق في للحالة الثانية – مغربي وفرنسية، راجع في هذا الإطار: محمد لمرابط : تقييم الاتفاقية الثنائية المغربية الفرنسية، الجانب القانوني والقضائي، مداخلة في لقاء دراسي نظم بالبيضاء بتاريخ 2000.10.14 تحت عنوان : " مشاكل المرأة المغربية مع القانون" منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، سلسلة لنكسر الصمت ع 3 / 2001 ص145.

[4]- كما هو الشأن بالنسبة للقرارات التالية:

ولعل السبب في ذلك راجع بالإضافة إلى تأثير فكرة النظام العام الفرنسي والأوربي القائمين على مفاهيم وقيم إنسانية وحقوقية مغايرة تهم التوجهات الحديثة في مجال حماية حقوق الإنسان [1]؛ إلى نصوص الاتفاقية ذاتها حيث يطبعها نوع من الغموض واللبس يجعلان مقتضياتها عرضة لعدة تأويلات قد تعصف بالدور المنوط بها [2]. يضاف إلى ذلك عدم قدرة هذه الاتفاقية في حل مختلف الإشكالات التي تطرحها مؤسسة الأحوال الشخصية، فهي لم تحدد كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه الفرنسي [3]، ما المقصود بالآثار الشخصية للزواج وكذا المقصود بحالة الأشخاص؟ فضلا على أنها لم تتطرق لمشكل النسب ولأي قانون سيخضع ؟ نفس الشيء بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الأموال المشتركة كأثر من الآثار المالية للزواج، فكل هذه العوامل ستفتح بدون شك المجال أمام القضاء الفرنسي لتطبيق قانون الموطن باعتباره القانون الواجب التطبيق، وبالتالي استبعاد القانون المغربي من حلبة المنافسة مادام أن قواعد الإسناد التي تشكل أساس تطبيقه من طرف القضاء الأجنبي لا تشير إليه.

من خلال ما سبق يتضح أن وجود هذه الاتفاقية لم ييسر ويسهل كما كان متوقعا استقبال وتقبل القضاء الفرنسي للقانون المغربي للأحوال الشخصية مادام أن المحاكم الفرنسية ظلت في الغالب الأعم من الأحوال تتعامل مع هذه الاتفاقية وكأنها غير موجودة، بل وحتى على فرض انصياع القضاء الفرنسي لتطبيق ضوابط الإسناد المقررة في هذه الاتفاقية، والتي على فرض أنها تشير إلى تطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية، فإن صعوبة الكشف عن مضمون هذا القانون قد تقف عقبة أمام تطبيقه، الأمر الذي يطرح

- Cass civ 16 juillet 1992, RCDIP N°2/1993 p 262.
- Cour d’appel de paris 22 Avril 1992 Ibid p473.
- cour d’appel de verssay 30 septembre 1988 ibid p 58…. Ext.

[1]- عبد الوهاب المريني: " كيف يتم استقبال القوانين المغربية في الخارج في حالة المنازعات القضائية الأسرية"، مداخلة في لقاء دراسي نظم بالبيضاء بتاريخ 2000.10.14 تحت عنوان : " مشاكل المرأة المغربية مع القانون" منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، سلسلة لنكسر الصمت ع 3 / 2001 ، ص 165 وما بعدها.

[2]- ومن ذلك المادة 8 من هذه الاتفاقية التي تحيل على قانون آخر موطن مشترك في حالة عدم وجود موطن مشترك للزوجين، الأمر الذي قد يثير بعض الغموض والإبهام خاصة في الحالة التي يكون فيها آخر موطن مشترك خارج إحدى الدولتين التي ينتمي إليها الزوجين بجنسيتهما، الأمر الذي قد يجعلنا أمام تنازع بين عدة قوانين وليس بين قانونين فقط؛ كذلك فإن هذه المادة لم توضح نوع الزواج المقصود الأمر الذي قد تتخذه محاكم إحدى الدولتين وخاصة المحاكم الفرنسية ذريعة لتطبيق قانون الموطن المشترك أواخر موطن مشترك حتى ولو كان الطرفان يحملان نفس الجنسية ....الخ.

[3] -Françoise Monger : La convention franco- marocaine 10 – 09 – 1981 RCDIP 1989, pp 33 – 36.
- Paul Decroux : La convention Fronco- marocaine. JDI N°4/1985.

التساؤل حيال السلطة التي يتمتع بها القاضي المعروض عليه النزاع في تحديد مضمون قانون الأسرة المغربي؟

المطلب الثاني: سلطة القاضي الأجنبي في تحديد مضمون قانون الأسرة المغربي.

متى سلمنا بالتزام القاضي الأجنبي بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه، والذي على فرض أنه القانون المغربي للأحوال الشخصية؛ فإن التطبيق السليم لهذا القانون على الروابط الأسرية للجالية المغربية لن يتأتى إلا بتحديد مضمون هذا القانون؛ الأمر الذي يدفع إلى التساؤل عن الجهة المكلفة بالبحث عن مضمون القانون المغربي للأحوال الشخصية، وبصفة خاصة الدور الذي يمكن أن يلعبه القاضي المعروض عليه النزاع في تحديد هذا المضمون – **الفقرة الأولى-**

ثم الوقوف على الصعوبات والعراقيل التي قد تحد من سلطته في هذا الشأن والتي قد تؤدي إلى تطبيق قانونه الوطني – **الفقرة الثانية-**

الفقرة الأولى: دور القاضي الأجنبي في الكشف عن مضمون قانون الأسرة المغربي.

إن تحديد مضمون القانون المغربي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد المقررة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع؛ تعد من المسائل التي لم يستقر عليها فقه القانون الدولي الخاص على رأي؛ والتي لا تزال تطرح العديد من الإشكاليات المرتبطة أساسا بتحديد الجهة الملقى عليها عبء إثبات مضمون القانون المغربي للأحوال الشخصية؛ هل على الطرف الذي طالب بتطبيقه؛ أم على الطرف الآخر، أم على القاضي؟.

لذلك ولتحديد الدور الذي يمكن أن يقوم به القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع في تحديد هذا المضمون، فإن الأمر يستدعي التمييز بين إتجاهين أساسين:

اتجاه أول يرى أن عبء إثبات مضمون القانون المغربي للأحوال الشخصية والقانون الأجنبي عامة يقع على عاتق القاضي المعروض عليه النزاع، وهذا هو الاتجاه

السائد لدى القضاء والفقه في كل من ألمانيا [1] والنمسا، وبعض البلدان الأخرى مثل إيطاليا [2] وبلجيكا وسويسرا حسب السائد فيها فقها والمأخوذ به عند القضاء في جزء من أحكامه واللذان يقران بأن على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي وفي موضوعنا قانون الأسرة المغربي من تلقاء نفسه، ومن واجبه أن يسعى إلى التعرف على أحكامه [3]؛ بل ويمكن له إذا تعذر عليه ذلك أن يطلب معاونة الخصوم له لما لهم في ذلك من مصلحة أولا، ولما سيعمل على مساعدة القضاء على إظهار الحق وتحقيق العدالة؛ والقاضي إذ يفعل ذلك إنما يبحث عن الحقيقة الموضوعية لا عن الحقيقة القضائية كما يعرضها الخصوم[4].

أما الاتجاه الثاني، فعلى نقيض الاتجاه الأول يذهب إلى أن القاضي المعروض عليه النزاع ليس ملزما بالبحث عن مضمون القانون المغربي بل يجب على الأطراف الذين طالبوا بتطبيقه أن يقيموا الدليل على أحكامه [5]، وفي هذا الإطار تنص الفقرة السادسة من الفصل 12 من القانون المدني الإسباني على أنه: " يجب على الشخص الذي يثير قانونا أجنبيا إثبات مضمونه وسريانه بوسائل الإثبات المقبولة في القانون الإسباني".

فمن خلال هذه الفقرة يبدو أن المشرع الإسباني اعتبر القانون المغربي للأحوال الشخصية مسألة واقع، واعتباره كذلك يعني أن تطبيقه يبقى متوقفا ليس فقط على مطالبة الأطراف الذين لهم مصلحة في تطبيقه وإثبات مضمونه؛ بل وإثبات كونه لازال ساري المفعول أمام القاضي الإسباني[6].

وفي نفس السياق كان القضاء الفرنسي يسير في اتجاه التأكيد على أن القانون الأجنبي ومنه القانون المغربي للأحوال الشخصية يشبه من الوجهة الإجرائية بوقائع الدعوى وبما

---

[1]- بل إن القاضي الألماني الذي يجهل مضمون القانون الأجنبي وفي موضوعنا القانون المغربي للأحوال الشخصية ملزم بالبحث والكشف عن مضمونه مع مساعدة الخصوم له في تلك المهمة، وباذلا كل الجهد لبلوغ هذا الهدف، وإلا تعرض حكمه للنقض بسبب العيب في تطبيق الإجراءات، وفي هذا الإطار تنص المادة 293 من قانون المرافعات الألماني: " بأن المحكمة غير مقيدة في تحديد مضمون هذا القانون – القانون الأجنبي – بما يقدمه الخصوم من إثبات، ولها أن تستخدم أية مصادر أخرى للعلم بهذا القانون"، مما يعني أن القاضي الألماني يطبق القانون المغربي من تلقاء نفسه إذا كان لا يجهل مضمونه انصياعا لقاعدة الإسناد في قانونه الوطني، وهو يطبقه بوصفه قانونا اجنبيا وليس بوصفه واقعة.

[2]- يذهب أغلبية الفقه الإيطالي إلى احتفاظ القانون المغربي بطابعه القانوني في إيطاليا مع ما يستتبعه ذلك من إلزام القاضي الإيطالي بالبحث عن مضمونه وتطبيقه من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك به الخصوم.

[3]- راجع في هذا الموقف: - إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص: مركز الأجانب وتنازع القوانين 1992 ص 286، 287

- عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين الجزء الثاني دار النهضة العربية، الطبعة السادسة 1969 ص 576

[4]- محمد موساوي: قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2002 ص 431.

[5]- ولعل سبب الاختلاف بين الاتجاهين يكمن في اختلاف نظرتهم لطبيعة وصفة القانون المغربي أمام القضاء الأجنبي؛ فمن قال باحتفاظ هذا القانون بكيانه القانوني أمام القضاء الأجنبي ألزم القاضي بالبحث عن مضمونه؛ ومن قال بالعكس أي أنه مجرد واقع، قال بإلزام من يتمسك بتطبيقه بإثبات مضمونه، راجع: هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية 2000 ص 143

[6]- وفي هذا الإطار ذهبت المحكمة العليا الإسبانية في قرار لها بتاريخ 23 أكتوبر 1992 إلى أنه لابد لتطبيق القانون الأجنبي من إثارته وإثباته أمام القضاء من طرف الأطراف وأن قيام القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه يبقى شيئا مستبعدا القرار أورده: عبد المنعم الفلوس، مرجع سابق. ص 49

أن الأطراف هم المكلفون بتجميع عناصر الوقائع وإقامة الأدلة عليها فإن هذا يستتبع أن عبء إثبات مضمون القانون المغربي يقع على عاتق الخصم المتمسك بأحكامه؛ لأنه يكون بذلك قد أثار واقعة معينة فيتحمل هو عبء إثبات مضمونها[1].

غير أنه بالرجوع إلى المبررات التي يستند إليها أنصار هذا الرأي الذي ينفي عن القانون المغربي للأحوال الشخصية صفته القانونية، ومن تم يلقي عبئ إثبات مضمونه على عاتق الخصم المتمسك بأحكامه، نجد أنها لا تستند إلى أساس سليم.

فالقول بعدم افتراض علم القاضي الأجنبي بالقانون المغربي استنادا إلى قرينة النشر في الجريدة الرسمية [2]؛ هو قول مردود عليه؛ لأن عدم علم القاضي الأجنبي بالقانون المغربي للأحوال الشخصية لا ينفي عنه التزامه القانوني بالبحث عن مضمون هذا القانون سيما وأن التزامه هذا يندرج في إطار القواعد العامة في قانون المرافعات؛ تلك القواعد التي تقضي بأن يطبق القاضي قواعد القانون على وقائع الدعوى دون حاجة إلى تمسك الخصم بأحكامه أو الكشف عن مضمونه [3]. هذا فضلا على أن نفي الصفة القانونية عن القانون المغربي للأحوال الشخصية لا يمكن قبوله؛ على اعتبار أن في ذلك تجاهل لقواعد الإسناد الوطنية التي عينته من جهة؛ وإنكار لطبيعتها القانونية من جهة ثانية[4].

ولعل هاته الانتقادات هي التي دفعت بمحكمة النقض الفرنسية إلى التلطيف من موقفها السابق بشأن إلقاء عبء إثبات أحكام القانون المغربي على عاتق الخصم المتمسك به؛ حيث يميل الاتجاه الغالب لدى القضاء والفقه الفرنسي الحديث، إلى أن القاضي الفرنسي لم يعد فقط ملزم بتطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية المعين بمقتضى قاعدة الإسناد، وإنما أيضا بالبحث عن دلالة هذا القانون؛ ولعل ما يؤكد ذلك هو القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1 يوليوز 1997 والذي نقض القرار الصادر

---

[1]- فهمي محمد كمال: الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية، 1981ص 478

[2]- حيث يستند أنصار هذا الرأي في تأكيد الصفة الواقعية للقانون الأجنبي بأنه ما دام أن القاضي الأجنبي لا يفترض فيه العلم إلا بقانونه الوطني عملا بقاعدة- وجوب علم القاضي بالقانون –، واستنادا إلى قرينة النشر في الجريدة الرسمية بدولة القاضي، والحالة هاته أن القانون الأجنبي لا ينشر في الجرائد الرسمية للدول الأجنبية باستثناء دولة القاضي، فإن القاعدة لا تنطبق بالنسبة للقانون الأجنبي ومنه القانون المغربي، هذا فضلا عن استحالة علم القاضي بجميع القوانين الأجنبية: راجع في هذا الإطار محمد موساوي، مرجع سابق ص 420.

[3]- محمد موساوي : نفس المرجع ص 431

[4]- وكلنا يعلم بأن القاضي الأجنبي لا يطبق قانون الأسرة المغربي من تلقاء نفسه وإنما يفعل ذلك إذعانا لأمر مشرعه بموجب قواعد الإسناد الوطنية، هذا فضلا على أن اعتبار القانون المغربي بمثابة واقع من شانه أن يؤدي إلى القول بأن القاضي يطبق واقعة على وقائع وهو قول لا معنى له. وعليه فالقاضي المعروض عليه النزاع إذا أمرته قاعدة الاسناد المظمنة في قانونه الوطني بتطبيق أحكام القانون المغربي؛ وجب عليه أن يعتبر احكام هذا القانون بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءا من قانونه الداخلي، فعليه أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون المغربي الواجب التطبيق في هذه القضية، بل ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام هذا القانون بعلة عدم إمكان الاهتداء إليها وإلا عد امتناعه نكولا عن أداء العدالة راجع في هذا الإطار: عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين الجزء الثاني: مرجع سابق ص 581.

عن محكمة الاستئناف NIMES التي رفضت تطبيق القانون المغربي المختص طبقا للفصل 9 من الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981 بعلة أن المدعى عليه لم يوضح هذا القانون ولم يبلغه للمحكمة[1].

نفس الشيء نجده لدى القضاء الهولندي حيث استقر موقف محكمة النقض الهولندية وغالبية الفقه الهولندي الحديث إلى أنه وعلى الرغم من عدم إلزام القاضي الهولندي بإثارة قاعدة التنازع من تلقاء نفسه؛ فإنه ليس للقاضي الهولندي أن يفرض على أحد الأطراف عبء إثبات مضمون القانون المغربي للأحوال الشخصية، بل يجب عليه أن يتصدى بنفسه لمسألة البحث عن مضمون هذا القانون[2].

إذن ومن خلال استقراء موقف الاتجاهين السابقين [3] سيما فيما يتعلق بالجهة المكلفة بإثبات مضمون القانون المغربي للأحوال الشخصية؛ يتضح أن الاتجاهين معا يكمل بعضهما البعض، فالقاضي بما له من سلطة واطلاع واسع على أحكام القانون المغربي خاصة في المناطق التي تتواجد بها نسبة مهمة من الجالية المغربية، حيث اعتاد تطبيق هذا القانون، والأطراف بما يقدمونه من وسائل الإثبات، فقط يمكن الوصول إلى المعنى الصحيح للقانون المغربي، وبالتالي احترام قاعدة الإسناد والحفاظ على طبيعتها القانونية ودورها الفعال في إطار القانون الدولي الخاص.

لذلك فإن المنطق السليم يقتضي من حيث المبدأ إلزام القاضي المعروض عليه النزاع بالبحث عن مضمون قانون الأسرة المغربي؛ على اعتبار أن ذلك يدخل في نطاق واجبه المعهود فيه؛ غير أنه في حالة العجز عن تحديد هذا المضمون، فإن الأمر يستدعي احتياطيا إلزام الأطراف الذين لهم مصلحة وخاصة الطرف المغربي [4] بمساعدة القاضي في تحديد مضمون هذا القانون والقول بعكس ذلك قد يؤدي إلى تهاون القاضي الأجنبي في استقصاء البحث وعدم الاكتراث بالتغلب على الصعوبة بطريقة جدية، ثم الجري وراء الحلول السهلة ولو كانت مخالفة لروح القانون المراد تطبيقه.

---

[1]- وكانت القضية تتعلق بدعوى طلاق بين زوجين مغربيين طبقا للقانون المغربي؛ لكن محكمة الاستئناف NIMES طبقت القانون الفرنسي استناد للمبررات السالفة؛ مما جعل محكمة النقض تنقض الحكم وتلزم قاضي الموضوع بالبحث عن مضمون القانون المغربي، القرار وارد ب:
Cass. Civ 1er juillet 1997 :RCDI.P N°1. 1998pp 60-72

[2]- جميلة أحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة؛ مرجع سابق، ص 31..

[3]- أي الاتجاه الذي يلقي عبء إثبات مضمون القانون المغربي على عاتق الخصم المتمسك به استنادا للصفة الواقعية لهذا القانون أمام القضاء الأجنبي؛ والاتجاه الذي يلزم القاضي المعروض عليه النزاع بالبحث عن مضمون القانون المغربي من تلقاء نفسه.

[4]- وذلك لماله من اطلاع واسع ومعرفة دقيقة بأحكام ومضمون قانون الأسرة المغربي.

الفقرة الثانية: محدودية سلطة القاضي الأجنبي في الكشف عن مضمون قانون الأسرة المغربي.

عندما نقول بأن على القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع أن يطبق القانون المغربي للأحوال الشخصية المحدد بقاعدة الإسناد؛ فإن الأمر هنا لا يتعلق بالقانون بالمفهوم الضيق؛ بل إن القانون هنا يؤخذ بمفهومه الشمولي؛ بحيث تندرج ضمنه بالإضافة إلى القواعد المادية الواردة في مدونة الأسرة؛ الاجتهاد القضائي المغربي في مادة الأحوال الشخصية[1] .

ولما كان الأمر كذلك؛ واعتبارا لكون القانون المغربي للأحوال الشخصية يعتبر أجنبيا عن القاضي المعروض عليه النزاع؛ ولا تنطبق بشأنه قاعدة: " يجب على القاضي العلم بالقانون"، فإن تحديد مضمون هذا القانون قد تقف أمامه العديد من الصعوبات.

بحيث أنه إذا كان القضاء الأجنبي قد اعتاد التعامل مع مدونة الأحوال الشخصية السابقة من خلال التطبيق المتكرر لأحكامها؛ سيما في الدول التي تستقطب نسبة مهمة من الجالية المغربية كما هو الشأن بالنسبة للقضاء الفرنسي لدرجة يمكن القول معها بأن القاضي الفرنسي أصبح على اطلاع واسع بأحكام القانون المغربي للأحوال الشخصية، فإن التعديلات التي أدخلت على هذا القانون مؤخرا، قد تجعل هذا القضاء في حيرة من أمره.لأن غياب ترجمة رسمية لمدونة الأسرة قد يحول دون فهم الطرف الآخر وخاصة الطرف الأوربي لمقتضياتها، الأمر الذي قد يجعل القاضي الأجنبي ينطلق عند إعماله للقانون المغربي من مقتضيات مخالفة لما هو وارد في هذه المدونة، وهو ما ينعكس على التطبيق السليم لبنودها[2] .

وفي نفس السياق وحتى في ظل مدونة الأحوال الشخصية، فقد عبر الوفد الرسمي الألماني أثناء إجراءه لسلسة من الاتصالات المتبادلة مع نظيره المغربي سواء في الرباط أو بون حول إبرام عقود الزواج في ألمانيا من طرف مواطنين مغاربة أنهم لا يعرفون أن

---

[1]- مما يعني أن القاضي الأجنبي يجب أن يطبق القانون المغربي المعين بمقتضى قاعدة الإسناد وفق مفهومه في إطار النظام القانوني المغربي معتدا في ذلك بالمصادر القانونية المعروفة في هذا النظام وليس بغيرها؛ وذلك حتى لا يتم إنكار الصبغة القانونية التي يكتسيها القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه.

[2]- وهو ما أكده أحد المتدخلون في الندوة التي نظمتها وزارة العدل تحت عنوان:" مدونة الأسرة في المهجر إشكالية الفهم والتطبيق"، بتاريخ 25 – 26 فبراير 2004 بقوله: إن عدم احترام مدونة الأسرة من طرف القضاء الأوربي يعود إلى غياب ترجمة رسمية لهذا القانون مما حول دون فهم الآخر لمقتضياته،
نظمت هذه الندوة بكلية الحقوق أكدال الرباط وهي غير منشورة.

القانون المغربي يفرض إبرام الزواج أمام القنصل المغربي بألمانيا وطالبوا بتزويدهم بلائحة مدققة لكل الأشخاص المخولين من طرف الحكومة المغربية إبرام عقود الزواج [1] وهو ما يوضح بما لا يدع مجالا للشك أن الطرف الأوربي يجهل مقتضيات القانون المغربي مما ينعكس سلبا على تطبيقه، ويعقد من مهمة القاضي الأجنبي في الكشف عن مضمونه.

عموما وإذا كانت وزارة العدل قد عملت مؤخرا في محاولة منها للحد من هذه الصعوبات إلى إصدار نسخة رسمية لمدونة الأسرة باللغة الفرنسية [2] ؛ فإنه بقدر أهمية هذه الخطوة لكونها ستفتح المجال أمام التعريف بنقاط التجديد في مدونة الأسرة بالخارج؛ بل وجعلها في متناول القضاء الأوربي؛ فإن اقتصار هذه الترجمة على اللغة الفرنسية قد لا يحل المشكل بالنسبة للأنظمة غير الناطقة بهذه اللغة والتي تحتضن نسبة لا يستهان بها من الجالية المغربية. لذلك نأمل أن يتجه عمل وزارة العدل في الخطوة المقبلة إلى ترجمة مدونة الأسرة على الأقل إلى بعض اللغات الأساسية الأخرى [3] ؛وذلك حتى يتم سد المجال أمام القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع في التذرع بعدم معرفة مضمون قانون الأسرة المغربي كلما عرض عليه نزاع يظم طرفا مغربيا.

يضاف إلى هذه الصعوبة المتعلقة بالترجمة؛ صعوبة أخرى مرتبطة باختلاف مفهوم الأحوال الشخصية في القانون المغربي عنه في الأنظمة الائكية؛ حيث أنه إذا كانت العقيدة الدينية تقوم بدور أساسي عندما يتعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للقانون المغربي، فإن القوانين الائكية على العكس من ذلك تقيم المؤسسات الأسرية على مبادئ الحرية والمساواة بين الجنسين ولا تعير اهتماما لاختلاف الديانة [4] . وهو ما من شأنه أن يعقد من مهمة القاضي الأجنبي عند تحديده لمضمون القانون المغربي؛ وفي هذا الإطار ذهب أحد الأساتذة الهولنديين Buskens إلى القول: " أن الطابع الإسلامي للقانون الأسري المغربي صعب الفهم من طرف الفقهاء الهولنديين المكونين في ظل نظام رومانو

---

[1]- عبد الرزاق مولاي رشيد: " العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي"، مرجع سابق ص 119

[2]- أنظر موقع وزارة العدل على شبكة الأنترنيت.

[3]- وخاصة الألمانية والإنجليزية والإسبانية وذلك حتى تكون في متناول القاضي الأجنبي: أو على الأقل القيام بإصدار دليل عملي بهذه اللغات يتناول بالشرح والتحليل مختلف التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة.

[4] -Kessmat – el gedawy : relation entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé la librairie Dalloz 1991 p41

جرماني: لذلك فإن القانون المغربي يكون تطبيقه نادرا من طرف القاضي الهولندي الذي يقوم بتطبيق قانونه"[1].

بقي أن نشير إلى أن اعتماد القضاء الأجنبي على بعض الوسائل في إثبات مضمون القانون المغربي للأحوال الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للاجتهادات القضائية [2] والشهادات العرفية قد يطرح العديد من الصعوبات.

فبالنسبة للاجتهادات القضائية، فزيادة على عدم نشر مختلف الاجتهادات القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى حتى يتسنى للقاضي الأجنبي الإطلاع عليها؛ فإن ندرة الأحكام القضائية الصادرة خاصة في ظل مدونة الأسرة قد لا تسعف القاضي الأجنبي في استقصاء الموقف الحقيقي للمجلس الأعلى؛ حيث قد يجد نفسه أمام اجتهادات غير قارة، الأمر الذي قد يؤدي به إلى عدم الأخذ بها والتذرع من تم بصعوبة تحديد مضمون القانون المغربي[3]. لذلك ولتجاوز هذا الإشكال يبقى الحل الأنجع كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه يتمثل في استبعاد الاجتهادات القضائية من ضمن وسائل الإثبات والاعتماد على الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمساعدات القضائية [4]؛ والتي لا يمكن للقاضي الأجنبي التذرع بعدم معرفتها[5].

أما بالنسبة للشهادات العرفية؛ فإضافة إلى أنها قد لا تضمن العدالة والمساواة بين الأطراف على اعتبار أن محررها غالبا ما يحاول تأييد وجهة نظر طالب الشهادة [6]؛ فإنها تتطلب الكثير من المصاريف التي قد ترهق كاهل الطرف المغربي وتدفع به بالتالي إلى أن يفضل تطبيق القانون الأجنبي عليه، على أن يبحث عن مضمون القانون المغربي استنادا إلى هذه الوسيلة، لذلك واعتبارا لكون القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع غير مقيد

---

[1]- جميلة أحيدة : مرجع سابق ، ص 32

[2]- يعد الاجتهاد القضائي من الأصناف الأساسية التي يعتمدها القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وفي موضوعنا القانون المغربي للأحوال ش؛ وفي هذا الإطار فقد دأبت محكمة النقض ومحاكم الموضوع بفرنسا على قبول هذا النوع من وسائل الإثبات إن على المستوى الضمني حينما يعلن القضاة على أن مضمون القانون الأجنبي يجب أن يثبت بتقديم الخصوم لشهادات الإثبات عن طريق فقيهين (محاميين عادة)، أو لأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات؛ أو صراحة عندما يرجع القضاة إلى موقف الاجتهاد الأجنبي خصوصا الاجتهاد القار الذي يتناول عدة نوازل راجع في هذا الإطار محمد موساوي: مرجع سابق ص433.

[3]- هذا فضلا على أن القرار القضائي الذي قد يقدم من لدن الأطراف كوسيلة للإثبات قد يكون قرارا منعزلا ولا يمث إلى الاجتهاد القضائي الحقيقي بصلة.

[4]- كما هو الشأن مثلا في النظام المعمول به في إطار الاتفاقيات الأوربية بلندن سنة 1968 بالنسبة لدول الاتحاد الأوربي راجع في هذا الإطار : محمد موساوي نفس المرجع ص 434

[5]- وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إلى أنه إذا تعلق الأمر بقانون إحدى الدول الأعضاء في اتفاقية مجلس أوربا فإنه لا يمكن لمحكمة الموضوع الدفع بعدم معرفة القانون الأجنبي أنظر: 72 - 60 Cass civ. 1er juillet 1997 op cit pp

[6]- محمد ناصر متيوي مشكوري : مرجع سابق ص 104

بإتباع وسيلة معينة لإثبات مضمون القانون المغربي [1]، فإنه يجب على الأقل إلزامه بأن تكون وسيلة الإثبات المعتمدة من طرفه في إثبات مضمون هذا القانون سهلة ومجانية بالنسبة للأطراف وإلا تعرض حكمه للنقض[2].

إذا ثبت ما سبق نتساءل عن الحل المتبع من طرف القاضي الأجنبي في حالة تعذر الكشف عن مضمون القانون المغربي للأحوال الشخصية؟.

لقد تعددت الاتجاهات الفقهية والقضائية في بحث هذا الموضوع[3]، لكن الاتجاه الغالب لدى الفقه والقضاء في معظم دول العالم يميل إلى القول بتطبيق قانون القاضي وذلك حملا على ما لهذا القانون من خاصية الاحتياطية بالنسبة للعلاقات الخاصة الدولية؛ بحيث يعود إليه القاضي المعروض عليه النزاع ويطبقه كلما تعذر عليه التعرف على أحكام القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد[4] .

ولا شك أن هذا الحل سيكون على حساب تطبيق القانون المغربي الذي عينته قاعدة التنازع فيما يخص الروابط الأسرية للجالية المغربية؛ بل وقد يتخذه القاضي الأجنبي كوسيلة لتحقيق نزعته الوطنية في الروابط العائلية المختلطة من خلال فرض قانونه الداخلي كلما تعذر عليه الكشف عن مضمون القانون المغربي[5] .

لذلك ولسد المجال أمام القضاء الأجنبي في تحقيق هذه الغاية، ومن أجل ضمان التطبيق السليم للقانون المغربي للأحوال الشخصية على الروابط الأسرية للجالية المغربية بالمهجر؛ فإن الأمر يستدعي من جهة خلق جسور التواصل مع العالم الأوربي خصوصا من خلال القيام بدور إعلامي توضيحي لنقاط التجديد في المدونة بمختلف اللغات الأجنبية يستهدف القاضي الأوربي من جهة والجالية المغربية المقيمة بالخارج من جهة أخرى؛ ومن جهة ثانية توسيع نطاق التعاون في الميدان القضائي مع الدول المستقبلة للجالية

---

[1]- بل له الإلتجاء إلى كافة وسائل العلم بالقانون الأجنبي فهو غير مقيد بقواعد الإثبات القضائي التي نظمها المشرع لإثبات الوقائع

[2]- كما هو الشأن بالنسبة لقرار محكمة النقض بتاريخ 1 يوليوز 1997 والذي ألزم قاضي الموضوع بأن تكون وسيلة الإثبات المعتمدة من طرفه سهلة ومجانية CASS . CIV 1ER JUILLET1997 OP. CIT P 25

[3]- في هذا الصدد تذهب بعض الاتجاهات الفقهية إلى القول بتطبيق القانون الأقرب إلى القانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه، أي تطبيق القانون الذي ينتمي لنفس العائلة القانونية للقانون الذي تعذر الكشف عن مضمونه، فإذا كان القانون الواجب التطبيق مثلا هو القانون الأمريكي وتعذر على القاضي الفرنسي مثلا البحث والوقوف على حقيقة مضمونه، فله في هذه الحالة في رأي هذا الاتجاه الفقهي أن يطبق القانون الإنجليزي الذي ينتمي لنفس العائلة القانونية أي إلى القانون الأنجلو ساكسوني : راجع في هذا الإطار محمد موساوي، مرجع سابق ص 437.

[4]- وهو ما يمكن التدليل عليه من خلال الحكم الصادر عن محكمة مدريد الإسبانية بتاريخ 24 شتنبر 1992 والذي طبق قانون القاضي الإسباني بعدما استحال عليه إثبات مضمون القانون المغربي، الحكم أورده عبد المنعم فلوس: مرجع سابق : ص 51.

[5]- بحيث أنه إذا كان غياب الإثبات يمنح الاختصاص لقانون القاضي، فإن دل هذا على شيء فإنما يدل على توجه المشرع الأجنبي إلى فرض قانونه ما أمكن في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وذلك تحقيقا لغاية محددة ألا وهي غاية الإدماج التي تسعى السلطات الأجنبية إلى تحقيقها.

المغربية، وعلى الخصوص تنظيم حلقات دراسية خاصة بقضاة البلدين وبتبادل منظم للمعلومات القانونية بين المغرب وهذه الدول؛ ولما لا خلق جمعيات تعنى بتقديم استشارات قانونية مجانية تكون في خدمة الجالية المغربية بالخارج. فبهذه الإجراءات وغيرها يمكن التخفيف من حدة الدفع بتعذر الكشف عن مضمون القانون المغربي.

المبحث الثاني: موقف المحاكم العليا الأجنبية من تطبيق قانون الأسرة المغربي.

إذا كان من المبادئ المسلم بها أن دور المحاكم العليا الأجنبية على اختلاف تسمياتها والأهداف المرسومة لها ينحصر في ضمان التطبيق والتفسير السليم للقانون الوطني من طرف محاكم الموضوع بكيفية تؤدي في نهاية المطاف إلى توحيد الاجتهادات القضائية على مستوى الدولة كلها؛ فهل يعتبر الأمر كذلك عندما يتعلق الأمر بتطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية على الروابط الأسرية للجالية المغربية؟.

إن التصدي لمعرفة موقف المحاكم العليا الأجنبية من تطبيق قانون الأسرة المغربي يقتضي التعرض أولا لموقف هذه المحاكم من بسط رقابتها على تطبيق قاعدة الإسناد باعتبارها كما سبق الذكر تشكل المنطلق والأساس في تطبيق هذا القانون من طرف القضاء الأجنبي – **المطلب الأول**-.

فإن أشارت هذه القاعدة إلى إسناد الاختصاص للقانون المغربي للأحوال الشخصية؛ فإن تطبيق هذا القانون من طرف القاضي المعروض عليه النزاع قد يطرح العديد من

المشاكل المرتبطة بإساءة تفسيره أو الخطأ في تطبيقه؛ الأمر الذي يستدعي ثانيا التساؤل حول ما إذا كانت رقابة المحاكم العليا الأجنبية تمتد لتشمل الخطأ أو الإساءة في تطبيق القانون الشخصي المغربي أم لا- **المطلب الثاني**-.

المطلب الأول: الرقابة على إعمال قواعد الإسناد.

إن معرفة موقف المحاكم العليا الأجنبية من الرقابة على إعمال قواعد الإسناد يقتضي التساؤل عن طبيعة أو سلطة هذه القاعدة في القانون الدولي الخاص؛ هل هي من النظام العام؟ وبالتالي فإن القاضي المعروض عليه النزاع ملزم بإثارتها من تلقاء نفسه وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه وإلا خضع حكمه لرقابة محكمة النقض؛ أم أنها غير ذلك وبالتالي فإن عدم تطبيقها يفلت من رقابة المحكمة العليا.

لذلك ولتحديد الموقف المتخذ من طرف المحاكم العليا الأجنبية في التعامل مع هذا الموضوع: يجب التعرض أولا لطبيعة قاعدة التنازع – **الفقرة الأولى**-، ثم رصد مختلف الاتجاهات القضائية الأجنبية في تعاملها مع مسألة الرقابة على إعمال قواعد الإسناد – **الفقرة الثانية**-

الفقرة الأولى: طبيعة قاعدة التنازع.

إن الاختلاف حول تحديد القوة الإلزامية لقاعدة التنازع وكونها من النظام العام أم لا يرجع بالأساس إلى عدم وجود نص خاص في الأنظمة القانونية الأجنبية يحسم في المسألة إلا في حالات نادرة؛ بل وحتى في حالة وجود مثل هذا النص فإن عدم وضوح صياغته قد يجعل الأمر رهين بالتفسير المعطى له من طرف الفقه، فمثلا بالرغم من أن المادة 12 من القانون المدني الإسباني تنص في فقرتها السادسة على : " أن تطبق المحاكم والسلطات تلقائيا قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون الإسباني"؛ فإن الفقهاء الإسبان اختلفوا في تفسير هذا النص نظرا لعدم وضوح صياغته، فعبارة تلقائيا لا تفيد الإلزام وأن قاعدة التنازع تعتبر من النظام العام؛ بل تفيد كما ذهب إلى ذلك بعض الفقه الإسباني [1] يؤيده

[1]- وخاصة الفقيه كاريو صالصيدو carrillo salcedo الذي ذهب إلى أن المشرع الإسباني لم يحسم في المسألة؛ بل أعطى الصلاحية للقضاء للحسم في مدى الزامية قاعدة التنازع من عدمه؛ غير أنه وعلى خلاف هذا الاتجاه ذهب الفقيهان إكلسياس بويكس IGlisias Buigues وفرنانديز روساس Fernandez Rozas إلى أن المشرع الإسباني حاول من خلال الفقرة السادسة من الفصل 12 من القانون المدني أن يعطي لقاعدة التنازع الصفة الأمرة؛ فهي من النظام العام وبالتالي يجب على القاضي الإسباني تطبيقها من تلقاء نفسه؛ وهو نفس ما ذهب إليه الفقيه الإسباني سانشيز

الإتجاه الغالب في القضاء بأن القاضي المعروض عليه النزاع وحده له الصلاحية للحسم في مدى إلزامية قاعدة التنازع من عدمه وذلك حسب درجة اقتناعه. ولا يخفى على أحد ما لهذا الموقف من انعكاس سلبي على تطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية على الروابط الأسرية للجالية المغربية، بل ولما قد يؤدي إليه من التحايل على قواعد الاختصاص المحلي بشتى الطرق؛ حيث يكفي لتحقيق ذلك من أن يقوم من له المصلحة في تطبيق قانون القاضي عليه من تغيير موطنه الظاهر ليذهب إلى المحكمة التي يعرف مسبقا أن أحكامها أكثر تحقيقا لأغراضه.

عموما وبغض النظر عن الانتقادات التي وجهت للاتجاهات الفقهية التي تنفي عن قاعدة التنازع قوتها الملزمة وكونها من النظام العام؛ ومتى سلمنا بأن قاعدة الإسناد أمر صادر من المشرع الوطني وأنها إذ تعقد الاختصاص لقانون معين تصدر في ذلك عن اعتبارات خاصة تتعلق بسياسة التشريع، فإنه لا يبقى هناك أي مجال للشك حول قوتها الملزمة؛ وفي هذا الإطار أصدر معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة ب: saint-jaques de compostelle توصية[1] حث فيها الدول الأطراف على أن تفرض على سلطاتها المختصة حسب قواعدها العامة الإجرائية مسألة تطبيق قاعدة الإسناد تلقائيا مؤكدة على عنصرها الإلزامي وذلك سواء تعلق الأمر باختصاص القانون الداخلي أو القانون الأجنبي[2].

فطبقا لهذه التوصية يمكن القول بأن الدول أصبحت ملزمة بالتصريح في صلب قواعدها الداخلية على الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، لكن إذا كان الأمر كذلك فما هو الأساس الذي يمكن الاستناد إليه لتحقيق ذلك[3]؟

لورينزو sanchez lorenzo ، غير أن هذا الاتجاه لم يلق تأييدا من طرف القضاء الإسباني الذي يبدو أنه يميل إلى نفي الصفة الأمرة لقاعدة التنازع، راجع في هذا الإطار: عبد المنعم فلوس، مرجع سابق ص 46 – 47.

- carrillo salcedo : le nouveau DIP espagnol ; Annuaire suisse de droit international 1976 pp 28 – 30.
- Fernadez Rozas y sanchez lorenzo : le nouveau DIP espanol ; Annuaire suisse de droit international 1976 p 441

[1]- تم ذلك في الدورة المنعقدة بتاريخ 12 شتنبر 1989

[2]- محمد موساوي : مرجع سابق ص 456 نقلا عن:Institut de DI : Annuaire vol 63 tome II p 320

[3]- وفي هذا الإطار تدخل المشرع الفرنسي وحسم الموقف بالنص صراحة على وجوب تطبيق القاضي لقواعد الإسناد من تلقاء نفسه، وذلك طبقا للفقرة الأولى من الفصل 12 من قانون المسطرة المدنية التي تلزم القاضي بحل النزاع طبقا للقواعد القانونية التي تطبق على النزاع: أنظر في هذا الإطار:

- محمد موساوي نفس المرجع ص 457 – 458
- Dominique Bureau : « l’application d’office de la loi étrangère « essai de synthèse JDI N°2 1990 p 354

لقد اختلف الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل، فبينما ذهب فريق من الفقه إلى القول بأن القوة الملزمة لقاعدة الإسناد تستمد أساسها من وظيفة قاعدة التنازع ذاتها بوصفها قاعدة تتكفل بحسم التنازع بين السيادات وإذا لم يقم القاضي لزوما بتطبيقها فإنه يكون قد انتهك سيادة الدولة التي أصدرت هذه القاعدة وكذا سيادة الدولة الأخرى[1] ، يميل جانب آخر من الفقه وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي Motulsky إلى القول بوجوب تطبيق قاعدة الإسناد تلقائيا ليس لأنها تتعلق بالنظام العام فحسب ولكن لأنها من صميم القانون [2]؛ ونؤيد هذا الرأي على اعتبار أن تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد يعد تطبيقا لجزء لا يتجزأ من قانونه الوطني لذلك يجب أن يخضع لرقابة هيئة النقض، بحيث إذا أخطأ القاضي المعروض عليه النزاع في تحديد مضمون الفكرة المسندة، أو في تفسير ظرف الإسناد؛ أو في تحديد القانون المختص، أو تحديد نطاقه، بأن قبل الإحالة في الوقت الذي يتعين عليه فيه رفضها، أو استخدم ظرف إسناد غير الذي تضمنته قاعدة الإسناد، ففي جميع هاته الحالات التي يخطئ فيها القاضي في تطبيق قاعدة الإسناد يجب أن يخضع لرقابة المحكمة العليا، فبهذه الطريقة فقط يمكن ضمان التطبيق السليم لقاعدة التنازع؛ ومن تم تطبيق القانون الذي تشير باختصاصه والذي قد يتمثل في القانون المغربي للأحوال الشخصية استنادا لضابط الجنسية.

فهل فعلا الأمر كذلك؟ أم أن الأمر يظل مجرد متمنيات لا تجد سبيلا لها في التطبيق العملي؟.

الفقرة الثانية: التطبيق القضائي لقاعدة التنازع.

بالنسبة للقضاء الفرنسي يمكن القول بأن محكمة النقض الفرنسية لم تستقر على موقف موحد فيما يتعلق بالرقابة على إعمال قواعد الإسناد حيث عرف قضاؤها تطورا مهما منذ مطلع القرن 19 إلى الآن[3]؛ فبعد أن كانت تعتبر أن قاعدة التنازع الفرنسية لا

---

[1]- للإطلاع اكثر على تفاصيل هذا الموقف أنظر : رياض عبد المنعم وسامية راشد: أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي 1990 ص 79 وما بعدها.

[2]- محمد موساوي . مرجع سابق ص 461

[3]- قبل القرن 19 لم تتعرض محكمة النقض الفرنسية لمشكلة مدى رقابتها على تطبيق القوانين الأجنبية أصلا، ذلك أن مبدأ إقليمية القوانين كان سائدا في غضون هذه الفترة، حيث كان القانون الفرنسي دون غيره هو الواجب التطبيق على جميع المنازعات التي تثور أمام المحاكم الفرنسية؛ فإذا اقتضت طبيعة العلاقة تطبيق قانون آخر، فليس أمام القضاة سوى الحكم بعدم اختصاصهم؛ لأن مفهوم العدالة يرتبط دائما بقانون الدولة التي يحكمون باسمها؛ غير أنه مع مطلع القرن 19 أصبحت محكمة النقض الفرنسية تفرق بين قواعد الإسناد ذات المصدر التشريعي وتخضعها للرقابة

تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص قانون أجنبي [1]، فإنه أمام حدة الانتقادات[2] التي كانت توجه لها من طرف غالبية الفقه الحديث الذي يؤكد على الطبيعة الإلزامية لقاعدة الإسناد تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق [3]؛ بحيث أصبحت تفرض رقابتها على كل طعن في تطبيق قاعدة الإسناد الفرنسية التي نوقشت أمام محكمة الموضوع فكل حكم يسيء تطبيقها يجب نقضه وذلك باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الفرنسي[4].

وعليه فإن الموقف الحالي للاجتهاد القضائي الفرنسي يميل إلى التأكيد على الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد وكونها من النظام العام؛ واعتبارها كذلك معناه أن القاضي الفرنسي ملزم فيما يخص الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة بفرنسا بأن يثير من تلقاء نفسه تطبيق هذه القاعدة التي قد تسند الاختصاص للقانون المغربي للأحوال الشخصية فيما يخص الروابط الأسرية للجالية المغربية وإلا تعرض حكمه للنقض؛ وفي هذا الإطار صدر عن محكمة النقض الفرنسية في الفترة الأخيرة العديد من القرارات التي تنعي فيها على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم التلقائي للقانون المغربي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية بعلة عدم إثارة الأطراف لقاعدة التنازع أمام القاضي المعروض عليه النزاع كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر بتاريخ 1 يوليوز 1997[5]، وكذا القرار الصادر بتاريخ 15 نونبر 1996 والذي نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف لعدم تطبيقها

وقواعد الإسناد ذات المصدر العرفي فلا تخضعها للرقابة، راجع في هذا الإطار ، نادية فضيل: تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الأولى 2004، ص 89 –90.

[1]- تم ذلك بموجب قرار Bisbal الشهير الصادر بتاريخ 12 ماي 1959؛ حيث كانت محكمة الموضوع قد طبقت القانون الفرنسي في هذه القضية وحكمت بناء على ذلك بالطلاق بين زوجين اسبانيين؛ مما جعل الزوجة تطعن في هذا الحكم ناعية على محكمة الموضوع عدم تطبيقها التلقائي للقانون الإسباني الواجب التطبيق في هذه الحالة وفقا لقواعد الإسناد الفرنسية والذي يمنع الطلاق، غير أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الطعن وبررت موقفها بأن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتسم بطابع النظام العام، لذا فإن القاضي غير ملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه ما لم يطالب الخصوم بذلك.

[2]- لإلقاء نظرة على مختلف هذه الانتقادات راجع: هشام علي صادق : مركز القاانون الأجنبي أمام القضاء الوطني: دراسة مقارنة في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ومسخه، منشأة المعارف بالإسكندرية 1968، ص 129 وما بعدها.

[3]- وذلك بمقتضى القرارين التاريخين الصادرين عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 أكتوبر 1988 ، الأول يتعلق بقضية ربوح (Rebouh) والثاني بقضية Schule واللذان أحدثا ثورة في الاجتهاد القضائي الفرنسي؛ حيث جاء التدخل من أجل الدعوة إلى تعميق إعمال الفكر في مسالة القوة الملزمة لقاعدة الإسناد، حيث جاء هذين القرارين ليؤاخذا قضاء الموضوع على تطبيقهم للقانون الفرنسي في ظروف كانت قاعدة الإسناد تنيط الاختصاص بالقانون الأجنبي، راجع في هذا الإطار : محمد موساوي : م س ، ص 457 - 458

[4]- Bernard Audit ; DIP ; collection Droit civil, Edition économica 1997 p 235

[5]- حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار إلى نقض قرار محكمة الاستئناف التي لم تطبق القانون المغربي المختص طبقا للفصل 9 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، وكانت القضية تتعلق بدعوى طلاق بين زوجين مغربيين طبقت فيها محكمة الاستئناف الفرنسية القانون الفرنسي، القرار وارد في :

- CASS. CIV 1ER JUIELLET 1997 R.C.D.I.P/ 1997 op cit P 60 -72

تلقائيا للقانون المغربي المختص ورجوعها للقانون الفرنسي لمجرد أن الأطراف لم يطلبوا ذلك[1].

فمن خلال هذين القرارين يتضح أن محكمة النقض الفرنسية اقتنعت بالطابع الإلزامي لقاعدة الإسناد واعتبارها كجميع القواعد الداخلية التي يلزم القاضي بتطبيقها تلقائيا بالرغم من أنها تحيل على قانون أجنبي، وهي مسالة إيجابية من شأنها أن تضمن التطبيق السليم لقانون الأسرة المغربي المعين بمقتضى قاعدة التنازع الفرنسية على اعتبار أن إعطاء الحرية للأفراد في إثارة قاعدة الإسناد أمام قاضي الموضوع من شأنه أن يؤدي إلى إفراغ قواعد الإسناد من محتواها ومن الهدف الذي شر عت من أجله، إذ يكفيهم في هذه الحالة عدم إثارة قاعدة التنازع أمام قاضي الموضوع ليتم تطبيق قانون القاضي عليهم.

ولم يقتصر الأمر على محكمة النقض، بل إن محكمة الاستئناف الفرنسية وخاصة استئنافية باريس قد أصدرت العديد من القرارات بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق والتي طبقت من خلالها القانون المغربي المختص تلقائيا، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ 29 يناير 2004[2] والذي جاء فيه: " أنه على الرغم من أن الزوجين المغربيين قد تجنسا بالجنسية الفرنسية بعد تقديمهم طلب الطلاق، فإنه طبقا لقواعد الإسناد المضمنة في الاتفاقية المغربية الفرنسية فإن القانون المختص لحكم طلاقهم هو القانون المغربي مادام أنهما كانا وقت تقديم طلب الطلاق يحملان الجنسية المغربية فقط".

فمن خلال هذا القرار يتضح أن محكمة الاستئناف قد طبقت تلقائيا القانون المغربي المختص ودون أن يطلب الأطراف ذلك، بل إن استئنافية باريس ذهبت في قرار لها بتاريخ 12 فبراير 2004 إلى رفض طلب الزوجة الرامي إلى الحصول على تعويض طبقا للقانون الفرنسي مؤكدة على أن القانون المختص طبقا لقواعد الإسناد هو القانون المغربي،

---

[1] - كانت هذه القضية تتعلق بدعوى بطلان زواج قدم من طرف زوجة مغربية فقضت لها محكمة الاستئناف بذلك، لكن محكمة النقض نقضت القرار على اعتبار أن القانون المغربي المختص طبقا لقاعدة الإسناد لم يتم تطبيقه من طرف محكمة الاستئناف : القرار أورده:

-Anne pascal : « création de l'acte de mariage et ses effets en droit français », intervention in colloque sur les relations familiales, colloque organisé à Rabat 10 . 11 novembre entre la cour suprême marocaine et la cour de cassation française, colloque non publier.

[2] -القرار أورده:

Ptrick Matet : « la dissolution du mariage », intervention in colloque sur les relations familiales, colloque organisé à Rabat 10 . 11 novembre entre la cour suprême marocaine et la cour de cassation française, colloque non publier.

وما دام أن هذا الأخير أصبح يتضمن مقتضى مماثل للمادة 266 من القانون المدني الفرنسي بإقراره للتعويض عن الطلاق التعسفي فإنه يكون هو الواجب التطبيق[1].

عموما وإذا كان موقف القضاء الفرنسي لم يبرز بشكل جلي إلا في السنين الأخيرة، فإن القضاء الألماني على العكس من ذلك كان سباقا في التأكيد على الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد، حيث استقر موقفه ومنذ أمد بعيد على إلزام القاضي المعروض عليه النزاع بإعمال قاعدة التنازع من تلقاء نفسه، بل ولا يجوز له التخلص من هذا الالتزام حتى ولو كان الحل النهائي للنزاع الذي سيؤدي إليه تطبيق القانون الوطني مطابقا للحل الذي سيؤدي إليه تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد[2].

أما بالنسبة للقضاء الهولندي وعلى الرغم من عدم استقرار موقف محكمة النقض الهولندي على رأي موحد بخصوص الرقابة على إعمال قواعد الإسناد، فإن الاتجاه العام السائد لدى هذا القضاء يسير في اتجاه عدم إلزام القاضي الهولندي فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للجالية المغربية بهولندا بإثارة القاعدة التي تسند الاختصاص للقانون المغربي من تلقاء نفسه [3]، لذلك تكون لمحكمة الموضوع التي تختص بالنظر في النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية للجالية المغربية القاطنة بهولندا حسب هذا القضاء سلطة تقديرية واسعة في عدم التمسك بتطبيق هذا القانون ورجوعها إلى القانون الهولندي الداخلي لتنظيم الأحوال الشخصية لهذه الجالية وهو ما يمكن اعتباره مخالفا لقاعدة الإسناد الهولندية التي عينت هذا القانون وبالتالي تجاهلا للقوة الملزمة لقواعد القانون الداخلي الهولندي[4].

لذلك نأمل أن يتغير موقف القضاء الهولندي في تعامله مع قاعدة الإسناد من خلال التأكيد على قوتها الملزمة وإخضاعها بالتالي لرقابة محكمة النقض حتى تساير بذلك

[1]- القرار أورده: Ptrick Matet : ibid

- وفي نفس السياق ذهبت محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 15 يناير 2004 إلى عدم قبول الاتفاق المبرم بين الأطراف والذي عين قانونا آخر غير القانون المعين بمقتضى قاعدة الإسناد

[2] - Bentrand Ancel, yves lequette « grand arrêts » RCDIP N°2 / 1989 p 293

[3]- نفس الموقف نسجله للقضاء الإسباني، حيث انه باستثناء بعض القرارات النادرة الصادرة عن المحكمة العليا الإسبانية التي أكدت على الصفة الأمرة لقاعدة التنازع، فإن الاتجاه العام السائد في إسبانيا يميل إلى أن تطبيق القانون المغربي المختص طبقا لقاعدة التنازع يبقى متوقفا على مطالبة الأطراف الذين لهم مصلحة في تطبيقه، أنظر عبد المنعم فلوس، مرجع س، ص 47.

[4]- جميلة أحيدة : مرجع سابق، ص 31

مختلف الاتجاهات القضائية التي سبقت الإشارة إليها [1] خصوصا وان المبررات التي يستند إليها هذا القضاء في تبرير موقفه بعدم إخضاع إعمال قواعد الإسناد للرقابة – اعتبار القانون الأجنبي بمثابة واقع – لا تستند إلى أساس سليم.

إذ ثبت ذلك واعتبارا لكون أن الرقابة على إعمال قواعد الإسناد قد لا تجدي نفعا إذا لم تقترن بالتحقق من صحة تطبيق القانون الذي تشير هذه القواعد باختصاصه، فإن التساؤل يطرح حيال السلطة التي تتمتع بها المحاكم العليا الأجنبية في الرقابة على ضمان التطبيق السليم للقانون المغربي، ومن تم تكريس احترام تطبيق القانون الشخصي في مجال الأحوال الشخصية للجالية المغربية؟

المطلب الثاني : الرقابة على تطبيق قانون الأسرة المغربي.

نفترض الآن أن قاعدة الإسناد قد أعملت، أعملها القاضي الأجنبي من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب من الخصوم حسب ما يؤخذ به من رأي، وأن الاختصاص بموجب هذه القاعدة قد ثبت للقانون المغربي للأحوال الشخصية، غير أنه إذا حدث وأخطأ القاضي المعروض عليه النزاع في تطبيق هذا القانون أو في تفسير أحكامه، فهل يخضع خطأه هذا لرقابة محكمة النقض، وهل بإمكان الطرف المغربي اللجوء إلى المحاكم العليا الأجنبية لحل مثل هذا المشكل؛ وبالتالي ضمان التطبيق السليم للقانون المغربي أم لا؟

إن الجواب عن هذا التساؤل يعد من المشاكل الحساسة التي تشغل بال فقه القانون الدولي الخاص، بل والقضاء الأجنبي منذ أمد طويل؛ بحيث انقسمت الاتجاهات الفقهية والقضائية في حل هذه المسألة إلى اتجاهين أساسين، اتجاه يرفض مبدأ الرقابة – **الفقرة الأولى-** واتجاه يميل على العكس من ذلك إلى التأكيد على إخضاع الخطأ في تفسير القانون الأجنبي، وفي موضوعنا قانون الأسرة المغربي لرقابة المحكمة العليا – **الفقرة الثانية -.**

الفقرة الأولى: الاتجاه الرافض لمبدأ الرقابة.

[1]- بالإضافة إلى الاتجاهات القضائية الأوربية التي سبقت الإشارة إليها، تميل مختلف الاتجاهات القضائية العربية وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح في المسألة؛ إلى اعتبار قاعدة التنازع التي تعين القانون الأجنبي للأحوال الشخصية من النظام العام يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع إثارتها من تلقاء نفسه، سواء طالب بذلك أحد الأطراف أم لا، وإلا خضع للرقابة من طرف المحكمة العليا ونخص بالذكر: المجلس الأعلى المغربي، محكمة التعقيب التونسية، المجلس الأعلى الجزائري.

- راجع في هذا الإطار : خالد برجاوي : نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية في دول المغرب العربي: دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المغاربي، مرجع سابق، ص 114 وما بعدها

يجري القضاء ومعه جانب من الفقه في معظم الدول الأجنبية المستقبلة للجالية المغربية إلى القول بأن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي [1] لا يخضع لرقابة المحكمة العليا؛ ومن أهم هذه الأنظمة القضائية المكرسة لمبدأ انعدام الرقابة نذكر موقف القضاء في كل من فرنسا وإسبانيا وهولندا.

فبالنسبة للقضاء الهولندي فيمكن القول بأنه ابتداءا من التعديل الذي أدخل على قانون المسطرة المدنية الهولندي بمقتضى الفصل 99 من هذا الأخير [2]، وبصفة خاصة ابتداءا من سنة 1963 تغير موقف محكمة الفقض الهولندية في تعاملها مع مسألة الرقابة على القوانين الشخصية الأجنبية حيث تم التنصيص صراحة على استثناء هذه القوانين من ضمن الأسباب الموجبة للنقض وتم الاقتصار على الحالة التي يتم فيها خرق القانون الداخلي الهولندي[3]، مما يعني أن خرق أو إساءة تفسير القانون الأجنبي للأحوال الشخصية من طرف محاكم الموضوع ومنه القانون المغربي فيما يخص الروابط الأسرية للجالية المغربية لم يعد يخضع لرقابة محكمة النقض الهولندية وهو ما من شأنه أن يشكل مسا خطيرا بحق الطرف المغربي في أن يطبق عليه قانونه الشخصي تطبيقا سليما، فما فائدة أن تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون الأسرة المغربي في الوقت الذي يكون فيه القاضي حر في كيفية تطبيق هذا القانون دون أن يخضع لرقابة أية جهة؛ لاشك أن القاضي الأجنبي سيعمل على الانتصار لنزعته الوطنية من خلال فرض قانونه ما أمكن على العلاقات الخاصة الدولية[4].

ونفس الشيء نسجه بالنسبة للقضاء الإسباني، حيث أنه وبعد أن كان هذا القضاء يخضع الخطأ في تفسير القانون المغربي للأحوال الشخصية لرقابة المحكمة العليا تارة

---

[1]- في بعض الأحيان سوف نستعمل مصطلح قانون أجنبي للدلالة على القانون المغربي للأحوال الشخصية ما دام انه يعتبر كذلك امام القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع.

[2]- تم ذلك بموجب قانون 23 يونيو 1963 والذي أصبح ينص في الفصل 99 منه على انه من أسباب النقض: " خرق القانون باستثناء قانون الدولة الأجنبية. أما قبل ذلك فقد كان هذا الفصل ينص على أن من أسباب النقض: " التطبيق التعسفي أو خرق القانون"، مما يعني أن المشرع الهولندي كان يسوي في ظل هذا القانون – قانون 18 ابريل 1827 الخاص بالتنظيم القضائي وقانون المسطرة المدنية – بين القانون الداخلي الهولندي والقانون الأجنبي فيما يخص تطبيقهما أمام محكمة النقض مادام أنه لم يحدد المقصود بكلمة قانون الواردة ضمن أسباب النقض.

[3]- جميلة أحيدة: مرجع سابق ص 30

[4]- فمادام أنه يعلم مسبقا أن تفسيره للقانون المغربي للأحوال الشخصية والقانون الأجنبي عامة لا يخضع لرقابة محكمة النقض فقد يعمل على إساءة تفسير هذا القانون في اتجاه إحلال قانونه محله ولو بطريقة غير مباشرة ومن الأمثلة على ذلك نشير إلى المثال التالي: " فلو رجع القاضي المعروض عليه النزاع مثلا إلى القانون المغربي استنادا إلى قاعدة الإسناد لتقدير مدى أهلية احد المغاربة ووجد أن هذه السن تحدد في 18 سنة؛ لكنه أراد أن يخضع الطرف المغربي للسن المحددة في القانون المدني الفرنسي، فإنه يمكنه ذلك عن طريق الإساءة في تفسير القانون المغربي والقول ب 21 سنة بدل 18 سنة" وبذلك يكون القاضي الأجنبي كما لو لم يطبق القانون المغربي.

بالاستناد إلى الخطأ في تقدير وسيلة الإثبات [1]؛ وتارة استنادا إلى خرق قواعد النظام القانوني أو الاجتهاد القضائي[2]؛ بل وأحيانا استنادا إلى التطبيق المعيب لهذا القانون مع ما يعنيه ذلك من احتفاظ القانون المغربي بصفته كقانون أمام القضاء الإسباني، فإنه وابتداءا من تاريخ 30 أبريل 1992 عرف الفصل 1692 من قانون المسطرة المدنية الإسباني تعديلا مهما حيث أصبحت الفقرة الثالثة من هذا الفصل تحصر إمكانية اللجوء إلى طلب النقض فقط في حالة رفض قاضي الموضوع الأخذ بوسائل إثبات القانون الأجنبي التي يقدمها الأطراف أو في حالة عدم إعطاء الأطراف فرصة الدفاع إذا كان الأمر يتعلق بمناقشة مضمون القانون الأجنبي[3]. مما يعني بمفهوم المخالفة أنه في حالة تصدي القاضي الإسباني للبحث في مضمون القانون المغربي للأحوال الشخصية والقانون الأجنبي عامة، فإنه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا الإسبانية حتى ولو أساء تفسيره طالما أن هذا الفصل حصر الرقابة على الحالة التي يتم فيها رفض الأخذ بوسائل الإثبات المقدمة من طرف الأطراف لا غير.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فيمكن القول بأن محكمة النقض الفرنسية وعلى الرغم من أن قضاءها قد استقر كما سبق الذكر على بسط رقابتها على الأحكام التي لم تطبق القانون الذي تشير إليه قواعد التنازع الوطنية، فإنها على العكس من ذلك ذهبت إلى رفض قبول الطعون المبنية على إساءة تفسير القانون الذي أشارت باختصاصه هذه القواعد، فطالما طبقت محاكم الموضوع القانون المغربي المختص فقد أنهت واجبها الذي تفرضه عليها قاعدة التنازع الوطنية، ومن تم لا تقوم الرقابة على تفسير هذا القانون.

وقد بررت محكمة النقض موقفها هذا تارة بكون القانون المغربي للأحوال الشخصية والقانون الأجنبي عامة يعتبر بمثابة واقع، والواقع لا يخضع لرقابتها باعتبارها محكمة قانون وليس محكمة واقع [4]، وتارة أخرى بالاستناد إلى كون أن تصديها لتفسير القانون

---

[1]- وذلك استنادا إلى الفقرة 7 من الفصل 1692 من قانون المسطرة المدنية الإسباني

[2]- وذلك بموجب الفقرة 5 من الفصل 1692 من قانون المسطرة المدنية الإسباني كما تم تعديله بموجب إصلاح 06 غشت 1984

[3]- عبد المنعم فلوس، مرجع سابق، ص من 55 إلى 57

[4]- محمد الكشبور، وضعية المجلس الأعلى بين محاكم النقض والتشريعات المقارنة، المجلة المغربية لإقتصاد وقانون التنمية عدد خاص (17) السنة 1988ص 29

المغربي من شأنه أن يدفع بها إلى الوقوع في تعارض مع أحكام المجلس الأعلى المغربي بحيث قد تستقر مثلا على تفسير معين يختلف عن التفسير السائد في المغرب[1].

غير أن هذا التبرير أغفل أنه عندما يتعلق الأمر بقانون الأسرة المغربي، فإن محكمة النقض الفرنسية عند تفسيره يتعين عليها أن تتقيد بالحلول القضائية المستقرة بالمغرب؛ بخلاف ما لو تعلق الأمر بتفسير قانونها الوطني فإنها لا تتقيد بالتفسير الأجنبي وإنما هي التي تنشأه باعتبارها المصدر الأعلى للتفسير القضائي، الأمر الذي يمكن القول معه بأنه ليس هناك أي تعارض بين التفسيرين، فلو تم الطعن مثلا في حكم محكمة الموضوع الفرنسية على أساس إساءة تفسيرها للقانون المغربي للأحوال الشخصية رغم اتفاق هذا التفسير مع ما يذهب إليه اجتهاد القضاء المغربي، فإنه لا يمكن لأحد إلزام محكمة النقض بنقض هذا الحكم استنادا إلى تفسيرها الخاص للقانون المغربي طالما أن هذا التفسير الذي ذهبت إليه محكمة الموضوع لا يختلف عن التفسير المعطى له من طرف المجلس الأعلى.

أما عن القول بأن تعرض محكمة النقض للرقابة على تفسير القوانين الشخصية الأجنبية ومنها القانون المغربي يقتضي تصديها للبحث عن مضمونها؛ الأمر الذي ينتهي بها إلى التعرض للبحث عن واقعة تخرج عن اختصاصها، فهو منتقد أيضا على أساس أن البحث عن مضمون قانون الأسرة المغربي ورغم ما قد يعترضه من صعاب فلم يضف أحد على هذا البحث الصفة الواقعية، بل إن البحث عن مضمون العرف قد لا يقل صعوبة عن التصدي لأحكام القانون المغربي، ومع ذلك لم تتردد محكمة النقض الفرنسية في بسط رقابتها على تفسير القواعد العرفية[2].

ولعل هاته الانتقادات وغيرها هي التي دفعت بمحكمة النقض الفرنسية إلى التلطيف من موقفها السابق من خلال ابتكارها لتقنيتي الرقابة على المسخ [3] ، والرقابة على تسبيب الحكم كطريقة غير مباشرة للرقابة على تفسير القوانين الأجنبية[4].

---

[1]- انظر في هذا المعنى: نادية فضيل: مرجع سابق، ص 103.

[2]- نادية فضيل: مرجع سابق ص 105

[3]- يقصد بالمسخ الذي ينهض سببا للنقض هو عندما يتجاهل قاضي الموضوع المعنى الدقيق والواضح للنص، وتقدير هذا التشويه ينظر إليه من خلال الشهادة العرفية، أو من تقرير المستشار القانوني أو الخبير، فليكون تشويه يتعين أن يتجاهل القاضي المفهوم الواضح للنص القانوني من خلال التفسير المبين في الوثيقة المقدمة له حتى ولو كانت هذه الوثيقة مغلوطة، لأن القاضي الأجنبي غير ملزم بمعرفة النص القانوني الأصلي، أنظر في هذا الصدد محمد ناصر متيوي مشكوري: مرجع سابق ص 107

[4]- وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية الرقابة على المسخ في العديد من قراراتها كما هو الشأن في القرار الصادر بتاريخ 1 يوليوز 1997 والذي نقضت فيه حكم لمحكمة الموضوع على أساس تشويهه للقانون الأجنبي المختص: أنظر.

- cass civ 1er juillet 1997 ; op cit ; p 292

عموما وبقدر أهمية هذه الخطوة التي أقدمت عليها محكمة النقض الفرنسية، فإنها مع ذلك تبقى غير كافية من أجل ضمان التطبيق السليم لقانون الأسرة المغربي من طرف محاكم الموضوع، إذ بالإضافة إلى صعوبة التفرقة بين المسخ وسوء التفسير، فإن دور محكمة النقض ينحصر فقط في مراقبة مدى التزام قاضي الموضوع بالمعنى الدقيق والواضح للنص المقدم له كوسيلة لإثبات القانون المغربي، بل وحتى في حالة خروج محكمة الموضوع عن هذا المعنى الظاهر للنص يكفيها لكي تفلت من رقابة المحكمة العليا أن تبحث عن المبررات الكافية التي حفزتها لذلك؛ وفي هذا ما يحمل محاكم الموضوع الفرنسية على أن تحرص دائما على تبرير موقفها بشكل مقنع حتى تفلت من الرقابة كلما أرادت تشويه مضمون قانون الأسرة المغربي.

لذلك ومهما يكن من أمر التخوف على سمعة وهيبة محكمة النقض، وبالرغم من الصعوبات والمخاطر العملية التي يمكن أن تصاحب هذه الرقابة، فإن محكمة النقض الفرنسية وغيرها من الأنظمة القضائية الرافضة لمبدأ الرقابة مدعوة أكثر من أي وقت مضى إلى التفكير في إعادة النظر في مواقفها السابقة على الأقل عندما يتعلق الأمر بموضوع الأحوال الشخصية التي تشكل خزانا مهما للهوية والذي لا يمكن لأي طرف أن يقبل التنازل عن حقه في أن يطبق عليه قانونه الشخصي تطبيقا سليما، وهو الأمر الذي تنبهت إليه بعض الأنظمة القضائية الأخرى كما سيتضح في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الاتجاه الأخذ بمبدأ الرقابة.

على النقيض من كل ما تقدم، أي عكس الأنظمة التي ترفض تعرض المحاكم العليا لبسط رقابتها على خطأ قاضي الموضوع في تفسير وتطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية؛ جرى عمل القضاء والفقه في بعض البلدان الأوربية الأخرى على الأخذ بمبدأ الرقابة على تطبيق أحكام قانون الأسرة المغربي.

ومن هذه الأنظمة القضائية الآخذة بمبدأ الرقابة نذكر القضاء الألماني والبلجيكي والإيطالي.

فبالنسبة للقضاء الألماني، فقد استقر موقف المحكمة العليا مؤخرا على قبول الطعون في أحكام محاكم العمل الألمانية التي أخطأت في تطبيق القانون المغربي للأحوال

الشخصية والقانون الأجنبي عامة، أو فسرته تفسيرا معيبا، وذلك استنادا على المادة 73 من القانون الخاص بهذه المحاكم والتي تنص على إمكانية مراجعة الحكم إذا تضمن مخالفة للقانون بشكل عام دون تحديد المقصود بهذا القانون، هل هو القانون الوطني الألماني، أم القانون الوطني والقانون الأجنبي معا[1]؟

مما يعني أن القاضي الألماني ملزم فيما يخص الأحوال الشخصية للجالية المغربية المقيمة في هذا البلد تطبيق قانون الأسرة المغربي بشكل سليم وإلا تعرض حكمه للنقض من طرف المحكمة العليا الألمانية، وهي مسألة إيجابية نسجلها لهذا القضاء على اعتبار أن هذا الموقف من شأنه أن يحقق الانسجام بين مسالة إلزام قاضي الموضوع الألماني بتطبيق القانون الشخصي المغربي والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه ومسالة الرقابة على التفسير المعطى لهذا القانون من طرفه.

وجدير ذكره أن هذا الموقف المتخذ من طرف القضاء الألماني جاء نتيجة لحدة الانتقادات التي وجهها الفقه الألماني للمادة 549 من قانون المرافعات الحالي[2] والتي تذهب صراحة إلى منع المحكمة العليا من بسط رقابتها على الخطأ في تحديد مضمون القانون الشخصي الأجنبي أو تفسيره، الأمر الذي يدفع بنا إلى القول أن القضاء الألماني يكرس مبدأ الرقابة على تطبيق القانون الشخصي الأجنبي ومنه بطبيعة الحال القانون المغربي رغم المنع القانوني[3]، فهل الأمر كذلك بالنسبة لكل من القضاء البلجيكي والإيطالي؟

بالنسبة للقضاء البلجيكي نشير إلى أن المحكمة العليا البلجيكية وبعد أن ظلت لمدة طويلة ترفض مراقبة تفسير القانون الشخصي المغربي وتعتبر أنها أسست من أجل الحفاظ على وحدة تفسير قانونها الوطني، فإنه في الفترة الأخيرة عرف الاجتهاد القضائي البلجيكي تحولا كبيرا نحو تكريس الرقابة على تطبيق وتفسير قانون الأسرة المغربي والقوانين الأجنبية عامة مبررة موقفها بأن التمييز بين الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد والرقابة على تأويل وتطبيق القانون الأجنبي الذي عينته هذه القاعدة يعد من الأمور المصطنعة التي

---

[1]- الغازي محسن: دور رقابة المحاكم العليا الأجنبية في تكريس احترام القوانين الشخصية عرض أعد في إطار مقرر السنة الثانية من السلك الثالث في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: قانون الأسرة والطفولة، كلية الحقوق فاس 2000 . 2001 ص 7.

[2]- تنص هذه المادة على عدم جواز مراجعة المحكمة العليا الإيطالية للحكم إلا إذا تضمن مخالفة صريحة لقاعدة قانونية ألمانية من القواعد الاتحادية.

[3]- بل الأكثر من هذا فإن القضاء الألماني درج على السماح للخصوم بالتمسك بتطبيق القانون الأجنبي، ومنه القانون المغربي ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وذلك تأسيسا على أن المسالة لا تتعلق بطلب جديد أو بوسيلة دفاع جديدة وإنما تتعلق بالقاعدة القانونية التي يجب على قاضي الموضوع تطبيقها على النزاع.

لا تستند إلى أساس سليم [1]، فمادام أن المحكمة العليا البلجيكية قد خولت لنفسها حق الرقابة على إعمال قواعد الإسناد ونقض الأحكام التي لم تطبق القوانين الأجنبية المختصة بموجب هذه القواعد، فيجب عليها بالمثل أن تتدخل بالرقابة على تفسير هذه القوانين.

أما بالنسبة للقضاء الإيطالي [2] فقد جرى قضاء محكمة النقض الإيطالية على التسوية ما بين القانون الأجنبي ومنه قانون الأسرة المغربي والقانون الإيطالي من حيث خضوع الخطأ فيهما لرقابتها، حيث أنه بالرغم من أن قانون المرافعات الإيطالي لم ينص صراحة على إخضاع القوانين الشخصية الأجنبية لرقابة محكمة النقض وإنما اكتفت بالإشارة إلى أنه لا يجوز الطعن بالنقض إلا بناءا على مخالفة القانون وتطبيقه غير الصحيح، فقد ذهب القضاء الإيطالي يؤيده جانب كبير من الفقه إلى تفسير مصطلح قانون الوارد ضمن أسباب النقض بأنه يشمل بالإضافة إلى القانون الوطني الإيطالي القوانين الشخصية الأجنبية التي يوجب القانون الإيطالي تطبيقها بمقتضى قاعدة التنازع الإيطالية[3].

مما سبق نخلص إلى أن المحاكم العليا الأجنبية لم تستقر على موقف موحد بخصوص الرقابة على تطبيق وتفسير القانون المغربي للأحوال الشخصية، فبينما تميل بعض المحاكم العليا إلى الأخذ بمبدأ الرقابة بالرغم من وجود نص صريح في القانون يمنعها من ذلك – المحكمة العليا الألمانية –، يذهب البعض الآخر من المحاكم العليا إلى رفض مبدأ الرقابة، ولعل ذلك راجع بالدرجة الأولى للسلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها هذه المحاكم كجهاز أعلى في الدولة.

الأمر الذي من شأنه أن يجعل التطبيق السليم للقانون الوطني المنظم للروابط العائلية للجالية المغربية رهين بالموقف المتخذ من طرف هذه المحاكم؛ فهل يمكن للمستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة أن تغير من النظرة السلبية للقضاء الأجنبي اتجاه القانون المغربي؟

---

[1]- محمد موساوي: مرجع سابق ص 493

[2]- يمكن أن نشير في هذا الإطار إلى ان موقف القضاء الإيطالي يتوافق نسبيا مع موقف القضاء المغربي، حيث استقر اجتهاد المجلس الأعلى وعلى الرغم من التعديل الذي أدخل على الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية في سنة 1974 على إلزام قاضي الموضوع ليس فقط بتطبيق قاعدة الإسناد المغربية التي تأمر بتطبيق القانون الأجنبي، بل وتجنب الخطأ في تفسير هذا القانون، وإلا كان حكمه معرض للنقض، وذلك بالرغم من أن المجلس الأعلى بمقتضى التعديل المذكور أصبح في حل من أي التزام قانوني يلزمه بالرقابة، أنظر في هذا الإطار محمد ناصر متيوي مشكوري: مرجع سابق ص 106 - 107

[3]- فهمي محمد كمال : مرجع سابق ص 499 – 500.

للإجابة على ذلك لابد من معرفة أهمية هاته المستجدات والدور الذي يمكن أن تقوم به في تعزيز القدرة التنافسية للقانون المغربي أمام القضاء الأوربي.

الفصل الثاني: دور مدونة الأسرة في تقوية تنافسية القانون المغربي للأحوال الشخصية أمام القضاء الأوربي.

أمام المشاكل والصعوبات التي تطرح للجالية المغربية بالخارج – بأوربا خاصة – على مستوى أحوالها الشخصية، وذلك نتيجة لعجز الحلول التقليدية المقررة على مستوى الروابط الدولية الخاصة في تحقيق التنسيق والانسجام ما بين النظام القانوني المغربي المرتكز على المرجعية الدينية العقائدية، والنظام القانوني للدول المستقبلة للجالية المغربية الذي يجعل من عهود ومواثيق حقوق الإنسان المرتكز والأساس في صياغة القوانين المنظمة للروابط الأسرية.

ورغبة من المشرع المغربي في الحفاظ على الهوية والخصوصية الوطنية من خلال إخضاع الجالية المغربية لقانونها الوطني، ومن تم تعزيز القدرة التنافسية لقانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي، اتجه المقنن المغربي إلى اعتماد تقنية جديدة تمثلت في إدخال تعديلات جوهرية على القانون المنظم للأحوال الشخصية.

هذا القانون الذي حاول من خلاله المشرع المغربي معالجة مختلف الإشكالات التي كانت تطرحها مدونة الأحوال الشخصية السابقة في علاقتها بالجالية المغربية سواء على مستوى إنشاء الرابطة الأسرية – **المبحث الأول** –

أو على مستوى انحلال العلاقة الزوجية وتنفيذ الأحكام الأجنبية – **المبحث الثاني** – فهل فعلا وفق المشرع المغربي في ذلك؟ أم أن الأمر يحتاج إلى بذل جهد أكبر؟

المبحث الأول: على مستوى إنشاء الرابطة الأسرية.

إن مدونة الأسرة كما أعلن عن خطواتها العريضة صاحب الجلالة الملك محمد السادس أمام البرلمان جاءت بالدرجة الأولى لرد الاعتبار لأوضاع الجالية المغربية بالخارج والتي لم تكن النصوص المعمول بها في مدونة الأحوال الشخصية تتلاءم مع

أوضاعها ولا تراعي خصوصيات البلدان المستقبلة لها [1]، ويتجلى ذلك بصفة أساسية في تيسير وتبسيط مساطر إبرام عقود زواجهم بالخارج – **المطلب الأول-**

ثم التنصيص في صلب القواعد المنظمة للروابط الأسرية الشخصية أو المالية على مبدأي الحرية والمساواة التي أضحت تشكل المرجعية المتبناة في صياغة القوانين الأسرية الغربية – **المطلب الثاني –**

فما مدى قدرة هذه الإصلاحات في تجاوز الإشكالات القانونية والاجتماعية التي كانت تطرح في ظل القانون المعدل؟.

المطلب الأول: تبسيط مسطرة إبرام عقود زواج المغاربة بالخارج.

نظرا لما كان يعترض الجالية المغربية عند رجوعها إلى أرض الوطن فيما يخص زواجها المبرم أمام ضابط الحالة المدنية والذي لا يمكن أن يرتب أي أثر في المغرب [2] مما يضطر معه هؤلاء المغاربة إلى إعادة إبرام عقد زواج ثاني أمام العدلين انطلاقا من كون قانون الأحوال الشخصية المغربي – السابق – لا يعترف بتلك العقود[3].

عمل مشرع مدونة الأسرة في محاولة منه لإعطاء فرص أكبر للقانون المغربي – وخاصة فيما يتعلق بالشروط الجوهرية للزواج – للتطبيق والاحترام من طرف الجالية المغربية على السماح لهم بإبرام زواجهم طبق للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم وفقا لشروط وشكليات معينة نصت عليها مدونة الأسرة – **الفقرة الأولى -.**

غير أن تطبيق هذا المقتضى بالصورة التي جاء بها في المدونة قد يثير العديد من الإشكالات على مستوى الروابط الأسرية للجالية المغربية – **الفقرة الثانية-**

الفقرة الأولى: إخضاع شكل إبرام عقد زواج المغاربة بالخارج لقانون محل إقامتهم.

---

[1]- فكانت النتيجة هي وجود حالات وأوضاع شاذة تعيشها الأسرة المهاجرة، من ذلك زواج قانوني معترف به في بلد الإقامة وغير معترف به في بلد الأصل، وطلاق قانوني في موطن الهجرة ولكن لا أثر له في الموطن الأصلي للمهاجر، ناهيك عن مشاكل النسب والنفقة والحضانة وحق الزيارة ...الخ

[2]- الأمر الذي كان يثير العديد من المشاكل للجالية المغربية خاصة إذا نتج عن ذلك الزواج حمل أو أطفال، حيث يعتبرون في نظر القانون المغربي نتاج علاقة غير شرعية، أما الآن وبعد التعديل الذي أدخل على مدونة الأسرة كما سيتضح من شانه أن يخفف من حدة هذه المشاكل عن طريق الاعتراف بعقود الزواج المبرمة أمام ضابط الحالة المدنية الأجنبي

[3]- مليكة حفيظ: مدونة الأسرة، المقتضيات الجديدة المتعلقة بالجالية المغربية، مجلة حقوق المهاجرين العدد الأول السنة 2004 ص 19.

بخلاف مدونة الأحوال الشخصية [1]، تضمنت مدونة الأسرة تعديلا مهما يتعلق بشكل إبرام عقود زواج المغاربة المتواجدين بالخارج حيث ضمن لهم المشرع إمكانية إبرام عقود زواجهم بطريقة تحترم أحوالهم الشخصية وتحضى في نفس الوقت بالاعتراف في بلد إقامتهم[2]. ويتمثل هذا التعديل في إعطاء الإمكانية للمغاربة المقيمين بالخارج في أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية المعمول بها في دولة إقامتهم [3] إذا توفر الإيجاب، والقبول، والأهلية [4]، والولي عند الاقتضاء [5]، وانتفت الموانع، ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان مع مراعاة أحكام المادة 21 من مدونة الأسرة[6] والمتضمنة بدورها لعدة شروط وقيود تنضاف لما نصت عليه المادة 14[7].

فمن خلال استقراء هذه الشروط الواردة أعلاه، يتضح أنها لا تختلف كثيرا أو جوهريا عن الشروط المتعلقة بإبرام عقد الزواج داخل المغرب [8] مما يستفاد منه أن عقد زواج المغاربة بالخارج أصبح يجمع في نفس الوقت بين احترام القواعد الجوهرية حسب القانون المغربي، وبين الشكل المدني المعمول به في أغلب الدول المستقبلة للجالية المغربية[9]. وهو ما يوضح تبني المشرع المغربي لأحد المبادئ الأساسية المعمول بها في القانون الدولي الخاص المقارن، ويتعلق الأمر أساسا بإخضاع العقد القانوني من حيث الشكل للمقتضيات المعمول بها في المكان الذي صيغ فيه [10] وهي القاعدة التي تبنتها اتفاقية لاهاي حول إبرام عقد الزواج والاعتراف بصحته في مادتها الثانية[11].

---

[1]- لقد كانت مدونة الأحوال الشخصية تلزم الراغبين في الزواج – إذا كانوا معا مسلمين ومن جنسية مغربية – باحترام مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية، والتي تشترط أن يتولى كتابة عقد الزواج عدلان منتصبان للإشهاد، وفي هذا الإطار خول المرسوم الصادر بتاريخ 29 يناير 1970 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 258 / 70 للأعوان الدبلوماسيين والقناصل صفة عدول، كما خول لهم تلقي عقود زواج وطلاق المغاربة بالمهجر.
أما فيما يخص الزواج المختلط الذي يظم طرفا مغربيا فإنه يخضع لمقتضيات ظهير 4 مارس 1960 أو إلى الفصل 6 من الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981، حيث انه بعد إبرام الزواج أمام ضابط الحالة المدنية يتعين تسجيله في القنصلية المغربية من أجل إضفاء الشرعية عليه اتجاه القانون المغربي.

[2]- وذلك عن طريق التوفيق بين الأنظمة المختلفة في ميدان توثيق عقود الزواج.

[3]- أي أمام ضابط الحالة المدنية الأجنبي باعتباره الشكل المعمول به في إبرام عقد الزواج في معظم الدول المستقبلة للجالية المغربية.

[4]- والتي أصبحت محددة طبقا للمادة 19 من مدونة الأسرة في 18 سنة شمسية بالنسبة للجنسين معا وهو ما يتوافق مع معظم القوانين الأوربية التي تعتبر الزواج قبل هذه السن انتهاكا لحق الطفولة.

[5]- وهي الحالة التي يتم فيها زواج القاصر أو القاصرة دون سن الأهلية

[6]- راجع المادة 14 من مدونة الأسرة

[7]- ويتعلق الأمر أساسا بما يلي: موافقة النائب الشرعي على الزواج بالنسبة للقاصر+توقيع النائب الشرعي مع القاصر على طلب الإذن بالزواج + حضور النائب الشرعي مع القاصر إبرام عقد الزواج

[8]- خاصة ما يتعلق بالشروط الجوهرية للزواج من قبيل: الإيجاب والقبول، الأهلية، الولي عند الاقتضاء، انتفاء الموانع الشرعية؛ عدم النص على إسقاط الصداق؛ ثم حضور شاهدين مسلمين بمجلس العقد

[9] محمد شتوي : الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق عقد الزواج، الطبعة الأولى 2004 ص 109

[10]- مليكة حفيظ: مرجع سابق ص 19

[11]- صدرت هذه الاتفاقية بتاريخ 14 مارس 1978 وتنص في مادتها الثانية على أن الشروط الشكلية لعقد الزواج تخضع لقانون محل إبرامه.

ولا شك أن الزواج بهذا المفهوم ستكون له أثار جد مهمة على مستوى الروابط الأسرية للجالية المغربية، فإضافة إلى أنه سيساهم في لم شتات النصوص التشريعية والتنظيمية المتصلة بالزواج المختلط [1] وبالتالي تسوية وضعية الجالية المغربية المتواجدة خارج أرض الوطن بغض النظر عن الدولة المقيمة بها [2]، فإنه سيساعد في تغيير موقف القضاء المغربي من الزواج المبرم أمام ضابط الحالة المدنية؛ حيث أنه وبعد أن كان هذا القضاء يقضي ببطلان مثل هذا الزواج [3]، فإنه بعد تعديل المدونة لم يعد للقضاء المغربي أي مبرر في اتخاذ مثل هذا الموقف وهو ما يمكن التدليل عليه من خلال الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 18 غشت 2005 والذي قضى بتذييل عقد الزواج المدني المبرم بين مغربيين ببلدية أوريكي بإسبانيا بالصيغة التنفيذية[4].

نفس الشيء يمكن قوله عن القرارات والأحكام القضائية التي ورد أو لم يرد ذكر الصداق فيها؛ والتي كان القضاء الأوربي في الحالة الأولى والمغربي في الحالة الثانية يتشدد في منحها الصيغة التنفيذية؛ وخير مثال على ذلك الحكم الصادر عن ابتدائية أبركان بتاريخ 02 – 11 – 1999 الذي رفض منح الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن ابتدائية بروكسيل نظرا لتخلف شرط صحة عقد الزواج المتمثل في غياب الصداق.

أما بالنسبة للقضاء الأوربي فإنه كان يعتمد في إبطال عقد الزواج الذي يتضمن تسمية المهر اعتبار ذلك امتهانا لكرامة المرأة[5]، وأن الصداق يمثل مقابل شراء المرأة[1]؛ وفي هذا

---

[1]- ومن ذلك : ظهير 4 مارس 1960 بشان انعقاد الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات أو المغربيات والأجانب؛ ظهير 20 – 10 – 1969 المتعلق باختصاص الأعوان الدبلوماسيين والقناصل؛ منشور وزارة العدل رقم 12 . 60 الصادر بتاريخ 28 – 04 – 1960 المتعلق بتصحيح عقود الزواج المبرمة بالخارج؛ ظهير 04 – 09 – 1915 المتعلق بالحالة المدنية، ظهير 06 – 09 – 1958 المتعلق بالجنسية، ظهير 12 – 08- 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، ثم الاتفاقية المغربية الفرنسية بشأن حالة الأشخاص والأسرة بتاريخ 10 – 08 - 1981

[2]- وذلك خلافا لوضع ما قبل صدور المدونة، حيث كان المغاربة المتواجدون بفرنسا يتمتعون بإمتياز على مستوى إبرام عقود زواجهم أمام ضابط الحالة المدنية طبقا للاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981، بخلاف المغاربة المتواجدون بدولة لا تربطنا معها اتفاقية ثنائية، حيث كانوا يخضعون لظهير 04 مارس 1960 وما يثيره من إشكاليات.

[3]- ومن ذلك الأحكام التالية:

- الحكم الصادر عن ابتدائية الناظور بتاريخ 2004.01.05 والذي رفض تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية لتخلف الإشهاد، حكم عدد 17 في الملف رقم 03/590، حكم غير منشور.
- الحكم الصادر عن ابتدائية البيضاء بتاريخ 13 يناير 1970 والذي جاء فيه: " وحيث أن احترام الشكل الديني للزواج في نظر المشرع المغربي يعتبر من النظام العام، فإن المحكمة قضت ببطلان الزواج المبرم أمام ضابط الحالة المدنية".
- الحكم الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 10 يونيو 1976 والذي قضى " ببطلان الزواج المبرم بين امرأة فرنسية وزوجها المغربي وذلك لعدم الإشهاد عليه طبقا للقانون المغربي".

الحكمان أوردهما : الحسين والقيد: مجموعة الاجتهادات القضائية في مادة القانون الدولي الخاص الطبعة السادسة السنة 2000 ص 16 – 21.

[4]- حكم غير منشور صادر في ملف رقم 2341 / 01 / 05 بتاريخ 18 – 08 – 2005، وفي نفس الإطار نشير إلى الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بفاس بتاريخ 11 – 08 – 2005 في ملف 382 – 1 – 05 والقاضي بمنح الصيغة التنفيذية لعقد زواج مدني مبرم ببلجيكا بين زوجين مغربيين، وكذا الحكم الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 21 – 11 – 2005 في الملف رقم 3202 / 01 / 05.

[5]- في حين أن الصداق يعد بمثابة تعبير عن إرادة الزوج ورغبته في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، المادة 26 من مدونة الأسرة.

هذا الإطار يقول أحد فقهاء القانون: " وأما الصداق الذي يقدمه الزوج فهو مؤسسة تهم أحيانا مجتمع شمال البحر المتوسط"[2].

أما الأن وبعد تأكيد مدونة الأسرة على أنه يكفي ليكون زواج المغاربة المقيمين بالخارج صحيحا عدم الاتفاق على إسقاط الصداق [3]، فإنه لم يعد للقضاء المغربي أو الأوربي أي مبرر في رفض منح الصيغة التنفيذية للأحكام القضائية الصادرة عن قضاء إحدى الدولتين سواء تضمنت وثيقة عقد الزواج تسمية مهر أو صداق للزوجة أو لم تتضمنه، وهي مسألة إيجابية من شأنها تعزيز القدرة التنافسية للقانون المغربي لحكم الأحوال الشخصية للجالية المغربية وبالتالي إعطاءه فرص أكبر لأن يتم تطبيقه من طرف القضاء الأوربي.

بل إن مدونة الأسرة وإيمانا منها بأهمية التوفيق بين القانون المغربي وقانون ديار المهجر فيما يخص توثيق عقد الزواج وحتى يكتسب هذا العقد المبرم بالخارج قوته القانونية بالمغرب نصت على مجموعة من الإجراءات الإدارية الاحقة على إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، فما هي إذن هذه الإجراءات والأجهزة الإدارية المكلفة بضبط العلاقات الزوجية للمغاربة بالمهجر؟.

بالرجوع إلى المادة 15 من مدونة الأسرة نجدها تنص على انه:" يجب على المغاربة الذين أبرموا عقود زواجهم طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرامه... الخ.

غير أنه ونظرا لأن هذه المصالح لا يمكنها أن تغطي كل المناطق التي يمكن أن يتواجد بها المواطنون المغاربة، فقد تدارك المشرع ذلك وعاد لينص في نفس المادة على أنه في حالة عدم وجود المصالح القنصلية المغربية في المكان الذي أبرم فيه عقد الزواج، ترسل نسخة من عقد الزواج داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية

كما أن الصداق في الفقه الإسلامي يعتبر واجب على الزوج نحو زوجته وذلك للآيات الواردة فيه ومنها قوله تعالى في سورة النساء الآية 4 : " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة" وعليه فإن الزواج المتفق على إسقاط الصداق فيه يعتبر باطلا كما جاء في نص بن رشد.

[1] -Anne pascal « création de l'acte de mariage et ses effets en droit français op cit

[2]- مولاي رشيد عبد الرزاق: " العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي" مرجع سابق، ص 108

[3]- مما يعني أن تسمية مهر أو صداق للزوجة لم يعد يعتبر من الشروط الجوهرية لصحة عقد الزواج، بل يكفي فقط ليكون الزواج صحيحا عدم الاتفاق في نص عقد الزواج على إسقاط الصداق ويسمى الزواج في هذه الحالة طبقا للمادة 27 من مدونة الأسرة بزواج التفويض.

والتي تتولى بدورها إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين، أو إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط وذلك في الحالة التي لا يكون فيها للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب[1]، ولاشك أن إيراد العبارة الأخيرة من هذه المادة لم يكن اعتباطيا، وإنما جاء لعدة اعتبارات تتعلق أساسا برغبة المشرع في تمديد مقتضيات مدونة الأسرة ليس فقط إلى الجيل الأول من الجالية المغربية، وإنما أيضا لما يسمى بالجيل الثاني والثالث [2] الذي ازداد بالخارج وليس له محل ولادة بالمغرب، وهي مسألة إيجابية من شانها الحفاظ على الهوية والخصوصية الوطنية من خلال السماح لهم بالخضوع لقانونهم الوطني وعدم قطع صلاتهم بوطنهم الأصلي.

عموما إذا كان الغرض من مختلف هذه الإجراءات التي أوردها المشرع في المادتين 14 و 15 من مدونة الأسرة هو الاعتراف بالزواج المدني الجاري به العمل في الدول الغربية حيث تقيم أغلبية الجالية المغربية ومن ثم تفادي كل المشاكل الناتجة عن مثل هذا الزواج اتجاه القانون المغربي [3]، فإن تطبيق هذه المقتضيات بالصورة التي جاءت بها في المدونة قد تثير العديد من الصعوبات على مستوى التطبيق العملي.

الفقرة الثانية: رؤية تقييمية لإجراءات إبرام عقد زواج المغاربة بالخارج

أول ملاحظة يمكن إثارتها بخصوص المادة 14 من مدونة الأسرة، هو أن الشروط التي قيدت بها هذه المادة إبرام عقد زواج المغاربة بالخارج أمام ضابط الحالة المدنية تحت عبارة: " يمكن للمغاربة ... إذا توفر ...." قد يكون من الصعب إن لم نقل من غير المتيسر التقيد بها خصوصا إذا علمنا أن إبرام عقد الزواج قد يكون منظما بقواعد جوهرية أو تنظيمية في دولة الإقامة بطريقة قد تسمح بتضمين عقد الزواج بعضا من تلك الشروط

---

[1]- ولعل الغرض من ذلك هو التحقق من الحالة الزوجية للأشخاص من خلال إتباع بعض الإجراءات الإدارية التي تفرضها ضرورة الضبط وخاصة قانون الحالة المدنية الجديد: قانون رقم 99 . 37 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 239 – 02 – 1 بتاريخ 3 أكتوبر 2002 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002 ص 3150

[2]- سعاد الأخرسي:" من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة: " مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية"، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الطبعة الأولى، شتنبر 2005 ص 164

[3]- محمد الشافعي : الزواج المدني في القانون الفرنسي مجلة المحامي ، العدد 35 ، السنة 2003، ص 117.

المنصوص عليها إما باعتبارها تتنافى مع قانونها الداخلي، أو مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بشأن الحرية والحقوق الشخصية أو بسبب ما تعتبره هذه الدول من النظام العام[1].

ولعل أهم هذه الشروط التي قد يرفض ضابط الحالة المدنية الأجنبي مراعاتها أو بالأحرى تضمينها في عقد الزواج، نجد المانع الديني في الزواج وشكلية حضور شاهدان مسلمان.

فإذا كان مما لاشك فيه أن ضابط الحالة المدنية الأجنبي غير ملزم باحترام القوانين الإسلامية ومنها الفقرة الخامسة من المادة 39 من مدونة الأسرة والتي تمنع زواج المسلمة بغير المسلم[2] على اعتبار أن هذا المانع يتعارض مع مبدأ الحرية في الزواج الذي تنص عليه مختلف الاتفاقيات الدولية، فضلا عما ينطوي عليه هذا المنع من تمييز وإهدار لقيمة المرأة وربط قوة العقيدة بالجنس [3] وهو ما يوضحه القرار الصادر عن استئنافية باريس بتاريخ 9 يونيو 1996 والذي أكدت فيه أن النظام العام الفرنسي يقف ضد القيود ذات الطبيعة الدينية التي تضعها بعض القوانين الأجنبية في مواجهة حرية الزواج كالقانون المغربي الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم[4].

فإن اشترط المادة 14 من مدونة الأسرة حضور شاهدين مسلمين عند إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية الأجنبي يطرح التساؤل حول ما إذا كان هذا الأخير سيعمل على مراعاة هذا الشرط من خلال التنصيص على هوية الشاهدين في وثيقة عقد الزواج والتأكد فعلا من أنهما مسلمان أم لا؟

الجواب بالطبع سيكون بالنفي، أي أن ضابط الحالة المدنية الأجنبي سيكتفي بدون شك بمراقبة مدى توفر الشروط الجوهرية لعقد الزواج في قانون على اعتبار أن قوانين الزواج

---

[1] - الحسين الملكي/ مدونة الأسرة المقتضيات الخاصة بالمغاربة بالمهجر، مجلة مسالك العدد 1 الطبعة 2004 ص 35.
- محمد الشافعي: الزواج في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية رقم 9، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش 2004ص 188

[2]- بل إن المادة 65 من مدونة الأسرة تشترط إذا كان أحد الزوجين قد اعتنق الإسلام أوكان أجنبيا ضرورة حصوله على الإذن بالزواج أو شهادة الكفاءة، وأن أي تدليس في الحصول عليها او التملص منها يستوجب تطبيق مقتضيات الفصل 366 من القانون الجنائي، مع ضمان حق المدلس عليه في طلب الفسخ والتعويض عن الضرر، وهو ما لا يمكن قبوله من طرف الأنظمة الغربية

[3] - Francoise Monegèr : les musulmans devant le juge français JDI N°2 / 1994 p 364

[4] Cass civ 9 juin 1996 in JDI N° 2/1997

في هذه البلدان لا تنص على شكلية حضور شاهدين مسلمين بل تتعارض مع هذا المقتضى المرتكز على أساس ديني[1]، ومن ذلك المادة 83 من القانون المدني الهولندي[2].

فإذا كان الأمر كذلك، ما هو الدور الذي يمكن أن تقوم به السفارات والقنصليات المغربية بالخارج في تدارك مثل هذه الإشكاليات، وبالتالي ضمان التطبيق السليم لقانون الأسرة المغربي من طرف الجالية المغربية بالمهجر؟

الجواب نجده في منشور وزارة العدل عدد 13 الصادر بتاريخ 13 أبريل 2004[3] الذي أكد على ضرورة ربط الاتصال بين القضاة الملحقين بسفارات المملكة المغربية بالخارج، وبين السلطات المركزية لبلد الإقامة قصد إخبارها بمقتضيات مدونة الأسرة وبحث إمكانية التنصيص في العقود المبرمة أمام ضابط الحالة المدنية على الشروط والبيانات المتطلبة حتى يسهل الاعتراف بها في المغرب، بل إنه يمكن للمصالح القنصلية المغربية إذا ثبت لها من نسخ عقود الزواج المودعة لديها أنها لا تحترم الشروط الجوهرية المتطلبة قانونا في المادة 14 من مدونة الأسرة أن تتدارك ذلك من خلال إبلاغ المعني بعقد الزواج بإتمام الإجراءات وإضافة البيانات التي تعالج كل نقص، ومن ذلك الاستماع إلى شهادة الشهود أو أي إجراء آخر.

كذلك من الملاحظات التي يمكن توجيهها للمادة 14 من مدونة الأسرة [4] هو أن هذه المادة لم توضح هل إمكانية الزواج أمام ضابط الحالة المدنية مسموح بها بين المغاربة فقط أو حتى بين الزيجات التي تضم المغاربة وأطراف أجانب؟.

فإذا قلنا بالحل الأخير والحال أنه كذلك، فإن التساؤل يطرح حول مصير ظهير 04 مارس 1960 بشأن انعقاد الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات أو المغربيات والأجانب، وكذا المادة السادسة من الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981؟.

---

[1]- حيث انه وبالرغم من أن جل القوانين الغربية تشترط الاشهاد على الزواج فإنها تقبل أي شاهد كان ودون أن تشترط فيه أي صفة او ميزة تتعلق بديانته، بخلاف الزواج في الشريعة الإسلامية فإنه حسب بن قدامة فإن النكاح لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء أكان الزوجان مسلمان معا أو الزوج وحده راجع بن قدامة، المغني : الجزء 7 الطبعة الأولى / 1414 الموافق ل 1984 دار الفكر ص 740

[2]- ينص هذا الفصل على أن النكاح ينعقد أمام الملأ أو الجمهور في دار الحاكم بحضور شاهدين على الأقل أو أربعة على الأكثر راشدين أمام ضابط الحالة المدنية

[3]- يتعلق الأمر بمنشور عدد 13 س 2 الصادر بتاريخ 13 أبريل 2004 من وزير العدل إلى السادة القضاة الملحقين بسفارات المملكة المغربية بالخارج والمكلفين بمهام التوثيق ومهام قاضي الأسرة المكلف بالزواج حول موضوع " تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة على افراد الجالية المغربية بالخارج.

[4]- هو أن الصيغة التي جاءت بها مدونة الأسرة في المادة 14 هي للإمكانية وليس للوجوب: " يمكن للمغاربة ..." بمعنى أن الزواج القنصلي يبقى مسموحا به إذا كان جائزا في الدول المستقبلة

أمام غموض الموقف توجهنا بالسؤال إلى السيد رئيس مصلحة التعاون القضائي والشؤون المدنية بوزارة العدل الذي أكد لنا أن المادة 14 من مدونة الأسرة قد ألغت ضمنيا الاتفاقية المغربية الفرنسية فيما يخص إبرام الزواج، بل أضاف قائلا أن المادة 14 يمكن تطبيقها بأثر رجعي فيما يخص تصحيح الزيجات التي أبرمت أمام ضابط الحالة المدنية قبل دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق [1]؛ ولعل هذا هو ما تم التأكيد عليه من خلال منشور وزير العدل السابق الذكر، حيث نص هذا المنشور على أنه إذا أراد كل مغربي يتوفر على عقد زواج مدني إبرام عقد الزواج وفق ما يتطلبه القانون المغربي، فإنه يمكن أن يحرر له إشهاد يتضمن التنصيص على الزواج المدني؛ ثم الإشارة إلى حضور الشاهدين والصداق والولي عند الاقتضاء أو المفوض له وبعد تحرير هذا الملحق وتضمينه في السجل المعد لذلك يضم إلى العقد المنجز طبقا للإجراءات القانونية المحلية ويوجهه إلى ضابط الحالة المدنية وقسم قضاء الأسرة وفقا للكيفية المنصوص عليها في المادة 15؛ وفي هذا أكبر دليل على رغبة مشرع مدونة الأسرة في تدليل الصعوبات والتخفيف من حدة المشاكل التي تعاني منها الجالية المغربية فيما يخص زواجها المبرم أمام ضابط الحالة المدنية.

وما قيل عن المادة 14 من مدونة الأسرة يمكن قوله عن المادة 15 ذلك أنه من خلال التأمل في الطريقة الإدارية المعتمدة في هذه المادة يتضح أنها تستوجب الكثير من الملاحظات منها:

* استعمال عبارة إيداع نسخة عقد الزواج بالمصالح القنصلية بدل عبارة إرسال وشتان بين المصطلحين، ذلك أن عبارة إيداع تستدعي من المهاجر المغربي الذي أبرم عقد زواجه أمام ضابط الحالة المدنية التوجه إلى مقر القنصلية لإيداع النسخة، الأمر الذي قد يدفعه إلى التقاعس عن القيام بهذا الإجراء إذا كان مقر القنصلية بعيدا عن مكان إقامته [2]، لذلك فإن ما كانت تنشده المادة 15 من التبسيط والتيسير قد لا يتحقق.

---

[1]- جاء هذا التصريح في إطار حوار علمي أجريته معه بمقر وزارة العدل بالرباط بتاريخ 15 – 12 - 2005

[2]- قد يقول البعض أن المشرع قد تدارك ذلك ونص في المادة 15 على توجيه النسخة إلى وزارة الخارجية في هذه الحالة، غير أن الواقع أن هذا الإرسال لا يكون إلا في حالة عدم وجود المصالح القنصلية بمكان إبرام العقد، والحال أنه قد تكون هناك قنصلية ولكن تبعد عن محل إقامة المهاجر الذي ابرم عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية بعدة كيلو مترات كما لو كان مقيما بجنوب باريس والقنصلية توجد في شمالها، عموما لقد فعل المشرع خيرا حينما لم ينص على أي جزاء عند مخالفة الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 15 من مدونة الأسرة، أو عند عدم القيام بهذا الإجراء داخل أجل 3 أشهر من تاريخ إبرام العقد.

* تؤكد المادة 15 على أن الإيداع أو الإرسال يكون لنسخة واحدة، في حين أن وزارة الخارجية ألزمت بتوجيه نسختين، واحدة إلى ضابط الحالة المدنية والأخرى إلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين والحال أنها توصلت بنسخة واحدة، فهل تعد نظيرا للنسخة المتوصل بها، أم تصادق عليها فقط؟ وأي من الجهتين توجه إليها النسخة الأصيلة؟.... الخ[1].

لذلك ولتجاوز مختلف هذه الإشكالات التي تطرحها سواء المادة 14 أو 15 والتي تعرضنا لبعض منها، فإن الأمل يبقى معقودا على القضاء المغربي الذي يتحتم عليه التفتح على المجتمع الأوربي وخصوصياته والتشبع بثقافة حقوق الإنسان ومبادئ المساواة والإنصاف، حيث أنه إذا كان الهدف من المقتضيات الواردة في المادتين 14 و 15 من مدونة الأسرة هو فسح المجال أمام تطبيق القانون الوطني على الجالية المغربية والدفع بالقضاء الأجنبي إلى احترام خصوصية وهوية هذه الجالية، فإن على القضاء الأسري المغربي أن يكون ملما بالقواعد الإدارية المتعلقة بالزواج في البلدان التي تتواجد فيها الجالية المغربية بكثرة[2]، كما يتعين عليه ألا يتشدد من جهة ثانية في الدفع ببطلان الزواج المبرم بالخارج كلما ثبت له عدم توفر أحد الشروط المنصوص عليها في المادتين 14 و 15 من مدونة الأسرة، لأن الأهم والعبرة في العلاقة الزوجية هو خلوها من الموانع الشرعية المفروض معرفتها والتقيد بها من طرف كل مسلم باعتبارها واجبات شرعية تدخل في صميم العقيدة أما كتابة العقد فتبقى وسيلة للإثبات لا غير.

فبهذه الإجراءات، وبتفعيل الدبلوماسية الوطنية بما يمكن المواطنين المقيمين بالخارج من التخلص من التعقيدات الإدارية والتضارب بين القوانين[3]، فقط يمكن الحديث عن تفعيل المقتضيات التي جاءت بها مدونة الأسرة فيما يخص زواج المغاربة بالمهجر أمام ضابط الحالة المدنية الأجنبي؛ ومن ثم تجاوز التعقيدات التي كانت تطرح في ظل القانون المعدل.

---

[1]- راجع في هذا الإطار : الحسين الملكي: مرجع سابق ص 37

[2]- لأنه قد يجد نفسه أمام مهمة شاقة وهو بصدد الفصل في نزاع زوجي بناءا على عقد زوجية مبرم بالطرق الإدارية المحلية لبلد الإقامة، انظر في هذا الصدد: عبد الواحد بن مسعود: مسؤولية قاضي الأسرة في مدونة الأسرة مجلة الملف عدد 4 شتنبر 2004 ص 36 – 37.

[3]- نعيمة راح: دور المجتمع المدني في بلورة مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق اكدال الرباط 2004 – 2005 ص 142

المطلب الثاني: إدراج مبادئ الحرية والمساواة في القواعد المنظمة للروابط الأسرية

إن الحديث عن تطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية على الروابط الأسرية للجالية المغربية لابد وأن يأخذ بعين الاعتبار مجموعة من المعطيات:

- طبيعة قانون الأسرة بالغرب الذي يقوم أساسا على ما جاء في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والمساواة والحرية والذي لا يقبل أي قيد يخرق هذا المبدأ كيفما كان مصدره.

- ثم النظام العام الوطني والدولي الذي يقصي كل مؤسسة من الاعتراف بها إذا ما عارضت مبدأ المساواة والحرية الفردية.

من هذا المنطلق ومن أجل إعطاء فرصة للقانون المغربي للأحوال الشخصية لأن يتم اختياره من طرف القضاء الأوربي، تضمنت مدونة الأسرة في محاولة منها لتقريب القواعد الداخلية في مادة الأحوال الشخصية مع قواعد النموذج الأممي العديد من المقتضيات المتعلقة بمبادئ الحرية والمساواة سواء تعلق الأمر بالروابط الأسرية الشخصية – **الفقرة الأولى** – أو الروابط الأسرية المالية – **الفقرة الثانية**-.

الفقرة الأولى: مبدأي الحرية والمساواة في الروابط الأسرية الشخصية.

إن أهم تعديل جاءت به مدونة الأسرة على مستوى الروابط الأسرية الشخصية هو الفلسفة الجديدة التي أطرتها ثقافة الحرية والمساواة بين الجنسين [1] والعلاقة التشاركية بين الزوجين داخل الأسرة[2].

وهي فلسفة من شانها أن تعالج الكثير من الأوضاع الشاذة التي تعاني منها الأسرة المغربية المقيمة خارج أرض الوطن، فأين تتجلى مظاهر الحرية والمساواة بين الجنسين

[1]- يجب التذكير أن تبني مفهوم المساواة بين الجنسين داخل المنظومة الأسرية ليس مبدأ غريبا عن الفقه الإسلامي، بل إن الله سبحانه وتعالى لا يلبث يذكر بضرورة احترام هذا المبدأ في العديد من الآيات القرآنية، بل إن مبدأ المساواة بين الجنسين تعتبر مبدأ شاملا في الإسلام، إذ لا فضل ولا مفاضلة بين ذكر وأنثى إلا بعمله الصالح، انظر في هذا الإطار: حفيظة توتة: قراءة في مبدأ المساواة بين الجنسين من خلال مدونة الأسرة، مجلة المحامي العدد 47/ 2003 ص 1.

[2]- خديجة الركاني: مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان، منشورات الزمن العدد 12 / 2004 ،ص 197.

من خلال مدونة الأسرة؟ وإلى أي حد استطاعت الصياغة الحديثة للنص الأسري الجديد أن تضمن التطبيق السليم لقانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي؟

***أولا: على مستوى إبرام عقد الزواج:**

ويتعلق الأمر بما يلي:

- إعطاء تعريف جديد للزواج يتماشى ويتوافق لحد ما مع مثيله لدى الدول الأوربية التي تعتبر الرضى والمساواة الأعمدة الضرورية لكل ارتباط أسري حيث عرفت المادة الرابعة من مدونة الأسرة الزواج بأنه: " ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة... غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين"[1].

أول ملاحظة يمكن إثارتها بهذا الصدد هو استعمال عبارة التراضي على عكس النص القديم الذي كان خاليا منها، وحسنا فعل المشرع المغربي على اعتبار أن التراضي هو جوهر العقد الذي يجب أن يكون غير مشوب بإكراه أو تدليس؛ وفي هذا الإطار نصت المادة 67 من مدونة الأسرة على ضرورة توقيع الزوجين معا على وثيقة عقد الزواج وذلك من أجل إثبات رضاهما وحضورهما وموافقتهما على إبرامه.

ولاشك أن مفهوم الزواج على هذا النحو من شأنه تجاوز الوضعية السابقة التي كان ينتجها عدم توفر الرضى، ومن تم سد المجال أمام المحاكم الأجنبية التي كانت تقضي بإبطال عقود الزواج التي لا يتضمن توقيع الزوجة على أساس أنها عقود غير رضائية تكون فيها الزوجة مكرهة على الزواج من طرف وليها[2].

- توحيد سن الزواج في 18 سنة بالنسبة للجنسين معا، ومعلوم أن جل القوانين الأوربية تجعل من السن الأدنى للزواج قاعدة من القواعد ذات التطبيق الفوري مما يلغي أي مجال لمخالفتها[3]، وفي هذا الإطار صدر عن القضاء الفرنسي العديد من الأحكام التي قضى فيها حتى في ظل التوقيع على اتفاقية 10 غشت 1981 بإبطال زيجات أبرمت وفق

---

[1]- المادة 4 من مدونة الأسرة.

[2]- وهو ما يوضحه القرار الصادر عن استئنافية نانسي بتاريخ 23 – 10 – 1989 والذي قضى ببطلان الزواج الذي لا يتضمن توقيع الزوجة على اعتبار أنه عقد غير رضائي، القرار اورده بدر حافيضي: الوضعية القانونية الأسرية للجالية المغربية بأوربا ومستجدات مدونة الأسرة ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، وحدة الشريعة والقانون، كلية الشريعة فاس 2004 – 2005، ص 82.

[3]- ومنها المادة 31 من القانون المدني الهولندي التي تحدد السن الأدنى للزواج بين رجل وامرأة في 18 سنة.

مدونة الأحوال الشخصية المغربية بين أزواج مغاربة لسبب أن الزوجة لم تكن حين العقد عليها مكتملة الأهلية بسبب السن[1].

لذلك تكون مدونة الأسرة بهذا التعديل قد رفعت الحرج عن الجالية المغربية بالسماح بتدييل الأحكام الصادرة في حقها بالصيغة التنفيذية في بلد الإقامة.

عموما إذا كانت مدونة الأسرة قد سمحت استثناء بالزواج قبل 18 سنة فإن الرهان يبقى معقودا على القضاء المغربي الذي يتعين عليه الالتزام بالضوابط المقيدة لإعطاء الإذن بزواج القاصر؛ ومن ذلك الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي حتى يتجاوز الدفوعات التي تجعل القضاء الأوربي يستبعد مثل هذا الزواج

- عدم فرض قيود تمييزية على النساء عند الزواج وذلك عبر إزاحة مفهوم الولاية في الزواج وجعلها اختيارية [2]، وكذا ضبط مفهوم الوكالة ومراقبة مضمونها [3] وهو ما من شأنه أن يفتح المجال أمام القضاء الأوربي لتطبيق مدونة الأسرة على المغاربة بالمهجر مادامت أنها مبنية على مبدأي الرضى والمساواة في إبرام عقد الزواج، وبالتالي تجاوز الدفوعات التي كان يستند إليها هذا القضاء في رفض الاعتراف بالزواج المبرم عن طريق الوكالة أو الذي يتضمن مشاركة الولي في الزواج وهو ما يتضح من خلال القرار الصادر عن استئنافية باريس بتاريخ 2 أكتوبر 1997 والذي جاء فيه: " أن الزواج المبرم بالمغرب بين مغربية وفرنسي ينوب عنه في ذلك عضو من أسرة الزوجة يعتبر نوعا من السرية ويكون بذلك سببا موجبا للبطلان" [4] ، وكذا القرار الصادر عن استئنافية نانسي والذي ذهب إلى أن : " القانون المغربي الذي يجعل زواج المرأة بيد الولي يخالف النظام العام الفرنسي

---

[1]- السعدية بلمير: " الاتفاقيات الدولية والأحوال الشخصية من خلال الاجتهادات القضائية "، مداخلة في أشغال ندوة علمية حول: " الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية"، نظمت بالرباط من طرف وزارة حقوق الإنسان بتاريخ 19 – 20 – 21 أكتوبر 2002 ، من منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، مطبعة فضالة المحمدية، طبعة أولى 2001ص 195

[2]- انظر المادتين 24 و 25 من مدونة الأسرة

[3]- وهو ما يتلائم مع توصية الرضى بالزواج الصادرة بتاريخ 1 – 11 – 1965 والتي تنص في مادتها الثانية " لا يجوز الزواج بالوكالة إلا إذا اقتنعت السلطة المختصة بأن كل طرف قد أعرب عن رضاه الكامل الذي لا إكراه فيه أمام سلطة مختصة وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون"

[4]- الحكم أورده: محمد الشافعي: الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2001 ص 103،

وبنفس الصيغة انظر الحكم الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 9 يناير 1996 والذي قضى ببطلان الزواج الذي تم دون الحضور الشخصي للزوج الحكم وارد في :

- cour d’appel de paris 9 janvier 1996 / RCDIP N°2 / 1997 p 175

الذي يعتبر الزواج شأنا شخصيا لا يتم إلا بالقبول التام والصريح للمتعاقدين"[1] . أما الآن فلم يعد للقضاء الأوربي مبرر لرفض الاعتراف بالزواج المبرم بالمغرب.

*** ثانيا: على مستوى الحقوق والواجبات بين الزوجين:**

بنفس الرؤية السابقة تضمنت مدونة الأسرة العديد من المقتضيات التي تكرس مبدأي الحرية والمساواة على مستوى الحقوق والواجبات بين الزوجين والتي من شأنها أن تدفع بالمرأة المغربية المهاجرة إلى اختيار قانونها الوطني بدل القوانين الأجنبية، ومن تم تدعيم القدرة التنافسية للقانون المغربي مع غيره من القوانين الأوربية ويتعلق الأمر أساسا بما يلي:

- المساواة بين الزوج والزوجة في رعاية الأسرة وتحمل مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال على قدم المساواة[2] وهو ما يتلاءم مع مختلف الاتفاقيات الدولية في الموضوع[3]، بل والقوانين الأوربية المنظمة للروابط الأسرية ومنها المادة 203 من القانون المدني الفرنسي[4].

- تضييق نطاق التعدد وإعطاء القاضي صلاحية منعه إذا خيف عدم العدل بين الزوجات أو في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها[5].

فمن خلال هذا المقتضى المتعلق بالتعدد يتضح أن مشرع مدونة الأسرة كان يهدف إلى الاستجابة لمختلف الدفوعات التي تتمسك بها الأنظمة الغربية الآخذة بمبدأ الزوجة الواحدة لاستبعاد مؤسسة التعدد لاسيما في الجوانب التالية:

---

[1] -cour d'appel de Nancy 23 octobre 1989 / JDI N°2 / 1991 p 388 et suivant

[2]- غير أنه يجب التنبيه على أنه إذا كانت هذه المساواة بين الزوج والزوجة في رعاية الأسرة من شأنها أن تقوي من تنافسية القانون المغربي أمام القضاء الأوربي، على اعتبار أن هذا التعديل قد وضع حدا للإنتقادات التي كانت توجه لمدونة الأحوال الشخصية، فإن هذا الحق المشترك بين الزوجين في تربية الأطفال وتوجيههم قد يثير إشكالا في حالة الزواج المختلط الذي يضم طرفا مغربيا وآخر أجنبيا، وذلك في الحالة التي تجعل الزوجة الكتابية من هذا الوضع حقا مكتسبا بقوة القانون وتمعن في تربية الأطفال وتوجيههم وفق مقتضيات عقيدتها المتنافية مع عقيدة الزوج المسلم؛ الأمر الذي يتيح لنا شرعية التساؤل عن الحدود والضمانات التي يمكن ان تجعل من هذه المسؤولية المشتركة بين الزوجين مسؤولية مؤطرة بمقتضيات قواعد الشرع الإسلامي سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار ما تؤكده المادة 148 من مدونة الأسرة من أن الولد يتبع أباه في الدين والنسب.
راجع في هذا الإطار: عبد الجباربهم: مستجدات الزواج المختلط في ضوء مشروع مدونة الأسرة: جريدة العلم 20يناير 2004 مقال منشور بملفات طارق بن زياد " مدونة الأسرة ضمان المرأة" الرباط 2004 .

[3]- سيما المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي تقضي : " تتخد الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، ونفس الشيء بالنسبة للمواثيق الدولية لحقوق الإنسان عامة، وحقوق المرأة خاصة والتي تجمع على منع التمييز بين الرجل والمرأة على مستوى العلاقات الأسرية انظر في هذا الصدد: خالد برجاوي ، قانون الزواج بالمغرب بين مدونة الأحوال الشخصية ومقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، سلسلة دليل قانون الأسر بالمغرب ع 2 / 2001ص 42 وما بعدها

[4]- تنص هذه المادة : " بأن الزوجين معا يتعهدان بمجرد عقد الزواج بالالتزام بإعالة ورعاية وتربية أبنائهما على قدم المساواة"

[5]- انظر المواد من 40 إلى 44 من مدونة الأسرة

- عدم خرق مبدأ المساواة بين الجنسين، إذ أصبح للزوجة الأولى الحرية في أن تبقى متزوجة وهذا دليل على رضاها بالتعدد، وإلا فلها أن تطلب التطليق.
- تقييد التعدد بشروط إجرائية وموضوعية مع توفير قواعد حمائية لصالح الزوجة الأولى
- ثم حماية حقوق الأطفال من الناحية المادية والمعنوية[1]

غير أن بالرغم من أهمية هذه القواعد في التخفيف من حدة المشاكل التي تثيرها مسألة التعدد، فإن إبقاء مدونة الأسرة على إباحة هذه المؤسسة – التعدد – ولو بصحة استثنائية، لاشك سيفتح منعطفا جديدا أمام القضاء الأوربي لرفض الاعتراف بالأحكام الصادرة بالمغرب استنادا لكون التعدد يعد مخالفا للنظام العام الأوربي القائم على المساواة المطلقة بين الزوجين، بل واستنادا لكونه يعد بمثابة جنحة معاقب عليها جنائيا ومن ذلك القانون الجنائي الفرنسي في مادة 433 والقانون الجنائي السويسري في مادته 215...الخ[2]

- إلغاء الحقوق والواجبات المتباينة بين الزوجين والتي كانت تعطي للقضاء الأوربي فرصة إبطال الروابط الأسرية الناشئة وفقا لها على اعتبار أنها تكرس مفهوم الأسرة الأبوية[3]، وتعويضها بحقوق وواجبات متبادلة بينهما على قدم المساواة الأمر الذي من شأنه أن يساهم في تقوية مؤسسة الأسرة خاصة على مستوى الروابط الدولية الخاصة، ومن ثم منح الاختصاص للقانون الوطني للمغربي المسلم أينما حل وارتحل ما دام أن هذا القانون أصبح يستجيب نسبيا لمعايير النموذج الأممي لحقوق الإنسان.

إذ ثبت ذلك نتساءل عن الجديد الذي جاءت به مدونة الأسرة على مستوى الروابط الأسرية المالية والدور الذي يمكن أن تساهم به في تعزيز القدرة التنافسية لقانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي؟

الفقرة الثانية: مبدأي الحرية والمساواة في الروابط الأسرية المالية.

[1]- بدر حافيضي: مرجع سابق ص 85

[2] - Abu-sahlieh : « conflit entre droit relegieux et droit étatique » RIDC N°4 / 1997 p 831

[3]- وفي نفس السياق فقد تبنى المشرع المغربي على مر نصوص مدونة الأسرة صياغة قانونية حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة حيث تم استبدال كلمة " نكاح: ب " الزواج" و " الدخول" ب " البناء" وتم حذف الوطئ والمسيس وحلت محلهما المعاشرة الزوجية...الخ وهي كلها مسائل من شأنها أن تعزز من مكانة قانون الأسرة المغربي لأن يتم اختياره من طرف القضاء الأوربي عند ما يعرض عليه نزاع يتعلق بالجالية المغربية

يقصد بالروابط الأسرية المالية، الالتزامات المالية بين أعضاء الأسرة ويدخل في إطارها على سبيل المثال: النفقة بين الأزواج، وبين هؤلاء والأبناء، كما يندرج فيها ما يسمى بالنظام المالي للزواج، ومؤسستي الإرث والوصية...الخ[1].

عموما وإذا كانت مؤسسة الإرث في القوانين الإسلامية ومنها القانون المغربي للأحوال الشخصية لا يمكن أن تلعب فيها حرية وإرادة الأطراف أي دور لكون نظام الإرث في هذه القوانين من القواعد الآمرة التي يستند تنظيمها القانوني لنصوص قرآنية صريحة لا مجال للاجتهاد في تفسيرها.

فإن النظام المالي للزواج والوصية والنفقة على العكس من ذلك يمكن أن تكون محل اتفاق بين الأطراف، وبالتالي يمكن الحديث في إطارها عن مبادئ الحرية والمساواة.

فبالنسبة للنظام المالي للزواج والذي يمكن تعريفه بأنه: " مجموعة من القواعد القانونية والاتفاقية المنظمة للروابط المالية بين الزوجين من حيث تملك أو حيازة أو إدارة الأموال الثابتة أو المنقولة العائدة لكل من الزوجين أو لأحدهما [2]". فإن إدراج مبدأ الحرية في إطاره يقتضي تمكين الزوجين من الاتفاق بينهما على مصير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية وذلك بتحديد نصيب كل واحد منهما فيها سواء عند الطلاق أو بعد الوفاة، فهل فعلا المشرع المغربي يسير في هذا الاتجاه؟

قبل إبراز الجديد الذي جاءت به مدونة الأسرة لابد من التذكير أن مدونة الأحوال الشخصية السابقة وخاصة الفقرة 4 من المادة 35[3] لم تكن تتضمن أي مقتضى من شأنه أن يبيح للزوجين إمكانية الاتفاق على تدبير أموالهما المشتركة سواء تعلق الأمر بالروابط الأسرية الوطنية، أو الروابط الأسرية الدولية والتي تضم طرفا مغربيا؛ ذلك أنه كلما ثبت أن عقد الزواج يضم طرفا مغربيا أو طرفا أجنبيا مسلما، فإن النظام المالي يتعين أن يخضع حتما للقانون المغربي[4].

ومعلوم أن هذا القانون لم يكن يقرر إلا نظام فصل الأموال، فكل من الطرفين له ذمته المالية المستقلة تمام الاستقلال عن الذمة المالية للآخر، ولا تأثير على الإطلاق لعقد الزواج

---

[1]- هشام أصنيب: مرجع سابق ص 134

[2]- أحمد زوكاغي: تنازع القوانين في الزمان: دراسة في القانون الدولي الخاص، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى 1993 ص 225.

[3]- كانت هذه المادة تنص على ما يلي: " للمرأة حريتها الكاملة في التصرف في ما لها دون رقابة الزوج، إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته".

[4]- محمد ناصر متيوي مشكوري: مرجع سابق ص 127

على الأموال التي تدخل في ذمة كل منهما [1]. الأمر الذي كان له انعكاس سلبي على مستوى الروابط الأسرية المالية للجالية المغربية [2] سيما ما يتعلق منها بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في حقها سواء من طرف المحاكم المغربية أو المحاكم الأجنبية.

ذلك أنه إذا كانت جل الدول الأوربية تجعل من مبدأ وحدة الذمة المالية الأساس المعتمد عليه في الروابط المالية بين الزوجين، فلا شك أن الأحكام القضائية الصادرة عن الأنظمة القضائية لهذه الدول في هذا الشأن في حق الجالية المغربية ستبقى بدون تنفيذ بالمغرب[3] على اعتبار أنها تخالف النظام العام المغربي، وللتدليل على ذلك نأخذ على سبيل المثال الحكم الصادر عن إحدى المحاكم المغربية بتاريخ 15 – 06 – 1999 والذي جاء فيه:" وحيث قضت المحكمة المذكورة بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه.. كما قضت بتقسيم شيوعية الأموال الزوجية بينهما ... فإنه لا يمكن الاعتراف به في المغرب على أساس مخالفته للنظام العام"[4].

فالمحكمة هنا رفضت تذييل هذا الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية ليس لعدم صحة التطليق الذي ثبت لها أنه تطليق للضرر وإنما السبب في ذلك راجع إلى أن الحكم السابق الذكر جاء مرفوقا ببعض الحيثيات المخالفة للنظام العام المغربي والمتمثلة في مبدأ شيوعية الأموال التي هي فكرة منتشرة في المجتمعات الغربية ولا تجد سندا لها في القانون المغربي للأحوال الشخصية السابق.

وما قيل عن القضاء المغربي يمكن قوله عن القضاء الأوربي الذي كان يرفض تذييل الأحكام الصادرة بالمغرب بناءا على نظام فصل الأموال بالصيغة التنفيذية على اعتبار أن القانون المغربي يتعارض مع مبادئ وأهداف القانون الدولي الخاص المقارن وذلك لكونه يكرس امتياز العقيدة في الروابط الأسرية المالية.

من هذا المنطلق، ولتجاوز الإشكالات التي يثيرها النظام المالي للزواج على مستوى الروابط الأسرية الدولية، ومن أجل سد المجال أمام القاضي الأجنبي لإحلال وتطبيق قانونه

---

[1]- ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الزوجان مستوطنين بالمغرب أو بالخارج، وكذا بغض النظر عن مدى مساهمة الزوجة مع زوجها في تدبير الأموال المشتركة ما لم تكن صفتها كشريك واضحة في التصرف القانوني.

[2]- لمعرفة مدى حدة هذه المشاكل: راجع مليكة بن راضي: " نماذج واقعية لمشاكل قانونية للأسرة المغربية بالمهجر"؛ سلسلة لنكسر الصمت العدد 3 / 2001 ص 123 وما بعدها.

[3]- خصوصا إذا علمنا أن النظام المالي للزواج يصنف في هذه الأنظمة ضمن خانة الأحوال العينية التي يطبق عليها قانون الموطن، بخلاف القانون المغربي الذي يصنفه في دائرة الأحوال الشخصية التي تخضع للقانون الوطني للطرفين.

[4]- حكم رقم 252 في ملف عدد 314 / 98 أورده بدر حافيضي، مرجع سابق ص 102

الداخلي على الجالية المغربية بدل اللجوء إلى القاعدة الأساسية المتمثلة في القانون الوطني، تضمنت مدونة الأسرة مقتضى جديد[1] يجيز للزوجين إمكانية الاتفاق بينهما في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج بحيث يتراضيان في بداية حياتهما الزوجية على الطريقة التي يرونها ناجعة لاستثمار أموالهم ويحددان أيضا نصيب كل واحد منهما من هذه الأموال خلال الحياة الزوجية أو عند انتهائها بالوفاة أو بالطلاق.

فبهذا التعديل يكون مشرع مدونة الأسرة قد رفع الحرج عن الجالية المغربية فيما يخص روابطها المالية وذلك بفتح المجال أمام الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في حقها بهذا الخصوص [2] ، وفي نفس الوقت حافظ على المبدأ الذي كان سائدا في ظل مدونة الأحوال الشخصية وذلك بالتأكيد في مطلع المادة 49 على أن لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر[3] .

إذا ثبت ذلك نعود إلى النقطة الثانية والمتعلقة بمؤسستي النفقة والوصية وذلك لمعرفة مبدأي الحرية والمساواة ضمنهما.

فبالنسبة لمؤسسة الوصية، نشير إلى أن مدونة الأسرة تضمنت مقتضى هام [4] يتعلق بالسماح لأولاد البنت بالاستفادة من تركة جدهم بواسطة الوصية الواجبة وذلك بعد أن كان الأمر محصورا في النص القديم في أولاد الابن فقط[5] .

ولاشك أن هذه القاعدة ستفتح المجال أمام تطبيقها من طرف القضاء الأوربي مادام أنها مبنية على مبدأ المساواة بين الجنسين.

أما بالنسبة للنفقة، فبالرجوع إلى مقتضيات المادة 194 من مدونة الأسرة نجدها تكرس التمييز بين الرجل والمرأة على مستوى النفقة وذلك بإلزام الزوج وحده بالنفقة على زوجته؛ الأمر الذي قد تتخذه الأنظمة القضائية الغربية سيما تلك التي تجعل من ضابط

---

[1]- يتجلى ذلك في المادة 49 من مدونة الأسرة والذي يقضي: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها ..."

[2]- وهو ما يتضح من خلال الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بمكناس بتاريخ 25 -02 – 2005 والذي منح الصيغة التنفيذية لحكم قضى بالإضافة إلى الطلاق بتقسيم ممتلكات الزوجين، حكم غير منشور.

[3]- يجب التذكير بأن السماح للزوجة بنصيب من الممتلكات التي ساهمت فيها، يجد أساسه فيما يعرف بحق الكد والسعاية، وهو الحق الذي يخول للمرأة حسب التقاليد السائدة من الحصول على نصيب من الممتلكات بعد الطلاق أو الوفاة والتي ساهمت الزوجة في توفيرها وتنميتها. انظر في هذا الصدد الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، الجزء الأول، مطبعة دار السلام الرباط 1999 ص 152

[4]- يتعلق الأمر بالمادة 399 من مدونة الأسرة والمتعلقة بالوصية الواجبة.

[5]- زهور الحر: " مدونة الأسرة وقضايا الجالية المغربية المهاجرة": مرجع سابق.

الإقامة الاعتيادية عنصر إسناد أساسي في تحديد القانون المطبق على الآثار الشخصية للزواج- هولندا مثلا[1] - ذريعة لرفض تذييل الأحكام الصادرة بالمغرب بالصيغة التنفيذية.

لذلك فإن المشرع المغربي مدعو إلى التدخل من أجل تحقيق نوع من الانسجام والتقارب مع القوانين الأوربية [2] والاتفاقيات الدولية ذات الصلة [3] وذلك من خلال إلزام الزوجة العاملة أيضا في المساهمة في الإنفاق على بيت الزوجية[4]وعدم ربط ذلك باليسر في جانبها وعجز الزوج كما تقضي بذلك المادة 199 من مدونة الأسرة[5].

فبهذا المقتضى فقط يمكن فتح المجال أمام القانون المغربي لأن يتم تطبيقه على الآثار الشخصية لزواج المغاربة بالمهجر من طرف الأنظمة القضائية الغربية.

المبحث الثاني: على مستوى انحلال العلاقة الزوجية وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

تعد قضايا انحلال العلاقة الزوجية وطلبات التذييل بالصيغة التنفيذية من أهم القضايا التي تحيط بها الكثير من الصعوبات بالنسبة لأفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج؛ وذلك نظرا لكون هذه الجالية تخضع بحكم جنسيتها لقانون الأحوال الشخصية المغربي؛ وبحكم موطنها أو محل إقامتها في بلد أجنبي لقانون هذا البلد ذي الصبغة العلمانية؛ فكان من الطبيعي أن يؤثر ذلك على مركزها القانوني وروابطها الخاصة بأحوالها الشخصية.

فما هي إذن أهم التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة من أجل تعزيز القدرة التنافسية للقانون المغربي في هذا المجال ومن ثم كسب ثقة المحاكم فيما يتعلق بحجية الأحكام الصادرة في حق الجالية المغربية بالمهجر؟

للإجابة على ذلك لابد من الوقوف على ما قررته مدونة الأسرة من إجراءات متصلة بإنهاء العلاقة الزوجية – **المطلب الأول-**

---

[1]- جميلة أحيدة : مرجع سابق ص 40

[2]- ومن ذلك المادة 214 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه" يتحمل الزوجان تكاليف الحياة الزوجية حسب طاقات كل واحد منهما إذا لم تحدد اتفاقا تهما الزوجية ذلك.

[3]- وخاصة معاهدة 2 أكتوبر 1973 الخاصة بواجب النفقة والتي تؤكد في مادتها 4 على المساواة في تحمل الأعباء بين الزوجين.

[4]- راجع في هذا الموقف: - إدريس الفاخوري: المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية أبحاث ودراسات، مطبعة دار النشر الجسور السنة 2002 ص 71

- فريدة بناني: تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي – الجنس معيارا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الحقوق جامعة القاضي عياض مراكش 1991- 1992.

[5]- بل إن الزوجة لا تكون ملزمة بالانفاق حتى ولو كان الزوج عاجزا إلا في حالة وجود أطفال بخلاف الزوج الذي تجب عليه النفقة بمجرد البناء او إذا دعته الزوجة للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها (المادة 194 من مدونة الأسرة)

ثم ملامسة جديد مدونة الأسرة فيما يخص نفاذ الأحكام القضائية المرتبطة بالأسرة المغربية بالمهجر – **المطلب الثاني**-

المطلب الأول: بالنسبة لانحلال العلاقة الزوجية

لعل من أهم المبررات التي كان يستند إليها القضاء الأوربي في رفض الاعتراف بحجية الأحكام الصادرة بالمغرب والمتصلة بإنهاء العلاقة الزوجية تلك المرتبطة بانعدام المساواة بين الزوجين في إيقاع الطلاق؛ثم غياب ضمانات وقواعد حمائية لفائدة الزوجة والأطفال من خلال السماح للزوج بإيقاع الطلاق بطريقة تعسفية ودون أية مراقبة قضائية.

من هذا المنطلق ومن أجل فتح المجال أمام الأحكام القضائية المغربية للاعتراف بها من طرف القضاء الأوربي، تضمنت مدونة الأسرة مقتضيات جديدة تجعل من مبدأ الإرادة والاتفاق على إنهاء العلاقة الزوجية أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني المغربي – **الفقرة الأولى**-

ومن جهة أخرى ورغم الإبقاء على حق الزوج في إيقاع الطلاق فقد تم إخضاعه لمراقبة قضائية صارمة تنسجم مع ما استلزمته بعض أحكام القضاء الأجنبي سيما ما يتعلق منها بإقرار ضمانات مالية وقانونية لفائدة الزوجة والأطفال عند إنهاء العلاقة الزوجية – **الفقرة الثانية**-

الفقرة الأولى: تكريس مبدأ الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية

تعد مؤسسة الطلاق الاتفاقي من أهم المؤسسات التي تقوم عليها معظم الأنظمة القانونية الأوربية لكونها تكرس مظهرا من مظاهر المساواة بين الجنسين في إنهاء العلاقة الزوجية؛ فطالما أن إرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج من خلال التوافق والتراضي؛ فإنه لا يمكن وضع حد لهذا العقد إلا إذا اجتمعت الإرادتين معا على ذلك[1].

من هذا المنطلق واستنادا لكون مدونة الأحوال الشخصية السابقة لم تكن تعترف بهاته المؤسسة، الأمر الذي كان يطرح العديد من الإشكالات القانونية والاجتماعية المرتبطة بعدم تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الصادرة على مستوى الروابط الأسرية للجالية المغربية؛ تدخلت مدونة الأسرة في محاولة منها لخلق نوع من التوازن في الحقوق

[1]- إدريس الفاخوري : دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة، مجلة الملف العدد 4 شتنبر 2004، ص 68.

والواجبات المخولة للزوجين ونصت في مادتها 114 على إعطاء الزوجين الإمكانية في إبرام الاتفاق بينهما على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية بطريقة ودية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام المدونة ولا تضر بحقوق الأطفال[1] .

فبهذا التعديل تكون مدونة الأسرة قد وسعت من حق المرأة في طلب إنهاء العلاقة الزوجية بالاتفاق مع الزوج على ذلك تحت مراقبة القضاء[2]؛ بل إن مدونة الأسرة بإقرارها لمؤسسة الطلاق الاتفاقي تكون قد تبنت سببا من أسباب التطليق المنصوص عليه في معظم القوانين الأسرية الغربية كما هو الشأن بالنسبة للمادة 229 من القانون المدني الفرنسي[3] مع ما يعنيه ذلك من السماح للأحكام القضائية الصادرة في حق الجالية المغربية بالاعتراف والتنفيذ سواء بالخارج أو بالمغرب، وفي هذا الإطار نشير إلى الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بفاس بتاريخ 9 يناير 2006 الذي قضى بتذييل حكم صادر عن المحكمة الابتدائية الفرنسيية بأنجي والقاضي بالطلاق الاتفاقي بين زوجين مغربيين بالصيغة التنفيذية[4].

فقبل إقرار الطلاق الاتفاقي بمقتضى مدونة الأسرة لم يكن هذا الحكم ليحصل على هذه الصيغة بالمغرب على اعتبار أنه يخالف النظام العام، بل إن هذا المقتضى – الطلاق الاتفاقي – من شأنه الدفع بالقضاء الأوربي إلى تطبيق قانون الأسرة المغربي على المنازعات التي تعرض عليه والتي تضم طرفا مغربيا؛ وهو ما يمكن التدليل عليه من خلال الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية الموسعة الاختصاص بمدينة مونبليي الفرنسية بتاريخ 26 ابريل 2004 والذي قضى بالطلاق الاتفاقي بين زوجين مغربيين استنادا إلى مدونة الأسرة[5] .

ومن جهة أخرى، ورغم أن مسطرة الصلح القضائي تعتبر من صميم النظام العام المغربي يتعين على عدم احترامها بطلان الطلاق، فقد أشار منشور وزارة العدل الصادر

---

[1]- وعند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة للإذن بتوثيقه؛ والتي تحاول الإصلاح بينهما ما أمكن؛ فإذا لم تأت محاولة الإصلاح بالنتيجة المطلوبة تأذن المحكمة بالإشهاد على الطلاق، وتأمر بتوثيقه، انظر المادة 114 من مدونة الأسرة

[2]- بل إن مدونة الأسرة نصت بالإضافة إلى الطلاق بالاتفاق على توسيع أسباب التطليق الممنوحة للزوجة وذلك من أجل تحقيق نوع من التوازن والمساواة بينها وبين الزوج ويتعلق الأمر أساسا: التطليق للشقاق " المواد 94 – 97 من مدونة الأسرة" ، التطليق لإخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج (المادة 98)+ التطليق للضرر مع التوسع في مفهومه ليشمل بالإضافة إلى الضرر المادي الضرر المعنوي، هذا إلى جانب أسباب التطليق الأخرى المعروفة، وهو ما من شأنه أن يعزز من مكانة قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأجنبي مادام أنه أصبح يستجيب للدفوعات التي كان يستند إليها هذا الأخير في استبعاده.

[3]- تنص هذه المادة على أنه يحكم بالتطليق في حالة اتفاق الزوجين على ذلك.

[4]- الحكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 09 – 01 – 2006 في الملف رقم 4035 – 1 – 05 حكم غير منشور.

[5]- حكم صادر بتاريخ 26 أبريل 2004 عدد 03/04042 عن المحكمة الابتدائية الموسعة الاختصاص بمدينة مونبليي، حكم غير منشور.

بتاريخ 13 أبريل 2004 إلى أنه عندما يتعلق الأمر بالطلاق الإتفاقي لأفراد الجالية المغربية بالخارج، فإنه يمكن لهم تقديم طلب الإعفاء من هذه المسطرة مع الإشارة فيه إلى عنوان اقرب قنصلية لإمكانية انتدابها لإجراء محاولة الصلح بينهما إذا ارتأت المحكمة ذلك؛ وفي هذا إشارة واضحة إلى رغبة المشرع المغربي في فتح المجال أمام قانون الأسرة المغربي لأن يتم اختياره من طرف أفراد الجالية المغربية بالمهجر، إذ أن الأخذ بمحاضر الصلح المنجزة بالقنصلية بالإضافة إلى أنه يهدف إلى تبسيط وتيسير الإجراءات على أفراد الجالية فيما يخص طلاقهم، فإنه فيه أكبر ضمانة لتشجيعهم على التمسك بالخضوع لقانونهم الوطني خصوصا إذا علمنا أن مدونة الأسرة وبالرغم من إبقاءها على حق الزوج في إيقاع الطلاق قد قيدته بضرورة إقرار مجموعة من الضمانات المالية والقانونية لفائدة الزوجة والأطفال.

الفقرة الثانية: إقرار ضمانات مالية وقانونية للزوجة والأطفال عند إيقاع الطلاق.

خلافا لمدونة الأحوال الشخصية السابقة التي اكتفت بالنص على أن الطلاق لا يسجل إلا بحضور الطرفين وبعد إذن القاضي مع إمكانية الاستغناء عن حضور الزوجة إذا توصلت بالاستدعاء ولم تحضر وأصر الزوج على إيقاع الطلاق دون الإشارة إلى ما قد يصدر عنها من دفوع[1]، الأمر الذي كانت تتخذه الأنظمة القضائية الأوربية كذريعة لرفض الاعتراف بالطلاق المبرم بالمغرب على اعتبار انه طلاق غير قضائي ولا يحترم حقوق الدفاع بالنسبة للمرأة كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1 يونيو 1994[2]؛ فإن مدونة الأسرة وفي محاولة منها لتأهيل القانون المغربي للتطبيق والاحترام من قبل القضاء الأجنبي عند نظره في المنازعات المتصلة بالروابط الأسرية للجالية المغربية كانت أكثر تفصيلا وصرامة لضمان حضور الزوجة وإدلائها بحججها ودفوعاتها بطريقة تنسجم مع بعض ما استلزمته بعض أحكام القضاء الأجنبي في

---

[1]- يتعلق الأمر بالفقرة الثانية من الفصل 48 من مدونة الأحوال الشخصية السابقة.

[2]- والذي جاء فيه: " أن الطلاق الصادر بالمغرب دون استدعاء الزوجة لحضور إجراءات الطلاق وتقديم دفوعاتها أمام القضاء يشكل خرقا لمبدأ المساواة بين الزوجين عند الزواج ولدى انحلاله والذي نص عليه الفصل5 من البروتوكول رقم 7 الملحق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ومن تم يتعين رفضه" القرار وارد في المجلة الانتقادية للقانون د خ:

- Cass- civ 1er juin 1994, R.C.D.I.P N°1 / Année 1995 p 105 et suivant

هذا الصدد، ويتعلق الأمر أساسا بتقييد إرادة الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية وذلك بإخضاع الطلاق الصادر من طرفه لمراقبة قضائية صارمة تقوم على إجراءات ومساطر من شأنها إقرار جملة من الضمانات المالية والقانونية لفائدة الزوجة والأطفال سواء عند مباشرة مسطرة الطلاق أو عند انتهائها بالطلاق.

ومن أهم هاته الضمانات المرتبطة بمباشرة مسطرة الطلاق ما ورد في المادة 81 من مدونة الأسرة من أن الزوجة إذا توصلت شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر لمحاولة الصلح دون تقديم ملاحظات مكتوبة فإنه يتعين على المحكمة الاستعانة بالنيابة العامة من أجل إشعارها قبل البث في غيبتها[1].

وفي هذا أكبر دليل على أن الطلاق لم يعد يصدر في ظل مدونة الأسرة إلا بعد حضور الزوجة وإعطائها فرصة تقديم دفوعاتها مع ما يعنيه ذلك من فتح المجال أمام المرأة المغربية المهاجرة إلى التمسك بالخضوع لقانونها الوطني مادام أنها أصبحت تتمتع تقريبا بنفس الضمانات التي يخولها لها قانون بلد إقامتها [2] سيما في الحالة التي تمنح فيها بعض الدول للمغاربة والأجانب عامة إمكانية الاختيار فيما يخص القانون المطبق على الطلاق بين القانون الوطني وقانون دولة الإقامة كما هو الشأن بالنسبة لهولندا.

ومن الضمانات كذلك الممنوحة للزوجة والأطفال عند الطلاق إضافة إلى تفعيل مسطرة الصلح[3]، وتبسيط الإجراءات من خلال تحديد وضبط آجال البث في قضايا إنهاء العلاقة الزوجية[4]، أنه في حالة تعذر الإصلاح بين الزوجين فإن المحكمة لا تأذن للزوج بالإشهاد على الطلاق إلا بعد تحديد المستحقات المالية لكل من الزوجة والأطفال وذلك بإلزامه بأداء هاته المستحقات بكيفية مسبقة خلال أجل شهر قبل الإذن بالطلاق[5].

ومن جهة أخرى ولما كانت السلطات القضائية ببلد المهجر لا تقبل إلا بالطلاق الصادر عن المحكمة وبحضور الطرفين تدخل مشرع مدونة الأسرة ونص في المادة 88

---

[1]- بل ومع إمكانية الإحالة على القانون الجنائي إذ ثبت تلاعب الزوج او عدم تقديمه بيانات صحيحة عن عنوان الزوجة.

[2]- وهو المبرر الذي كانت تستند إليه في طلب الطلاق طبقا لقوانين بلد الإقامة

[3]- خاصة في حالة وجود أطفال، حيث أن الطلاق لا يتم في هذه الحالة إلا بعد إجراء محاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن 30 يوما؛ أنظر المادة 82 من مدونة الأسرة

[4]- سيما المقدمة من طرف الزوجة، حيث نصت المادة 113 من مدونة الأسرة على " أن جميع دعاوى التطليق يجب البث فيها في ظرف أقصاه ستة أشهر"، وذلك على خلاف مدونة الأحوال الشخصية السابقة التي كانت تكرس الامساواة بين الزوجين عند إنهاء العلاقة الزوجية، حيث أن الزوج كان بإمكانه أن يطلق خلال مدة اقل من شهر، في حين أن الزوجة إذا أرادت إنهاء العلاقة الزوجية ولو لأسباب جدية، فالأمر يحتاج إلى سنوات من التقاضي وقد لا تحصل عليه في نهاية الأمر، الأمر الذي كان يدفع بالنساء المهاجرات إلى تفضيل تطبيق قانون الموطن عليهن على ان يتم خضوعهن لقانونهن الوطني.

[5]- انظر المادة 83 من مدونة الأسرة.

على ضرورة صدور الطلاق في شكل قرار معلل يتضمن كل البيانات الازمة سيما ما يتعلق منها بهوية الزوجين وملخص إدعائهما ودفوعهما[1].

فهل من شأن هذا القرار معالجة مختلف الإشكالات التي كان يطرحها الطلاق غير القضائي الواقع بالمغرب أمام السلطات القضائية لبلد الإقامة؟

من خلال مراجعة بعض الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الأوربي وخاصة محكمة النقض الفرنسية لا يبدو الأمر كذلك[2].

عموما إذا كان هذا الموقف قد يجد تبريره في التأويل الغربي لمفهوم المساواة بين الزوجين عند انحلال العلاقة الزوجية حسب المعنى المعطى لها في الاتفاقيات الدولية، فإن القضاء المغربي يجب عليه بدوره أن يسعى إلى تفعيل المقتضيات التي جاءت بها مدونة الأسرة بطريقة لا يترك معها مجالا للسلطات القضائية الأجنبية في رفض الاعتراف بالأحكام الصادرة بالمغرب.

ولعل ما دفعنا إلى هذا القول هو وجود بعض الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء المغربي في ظل مدونة الأسرة والتي لم تراعي بعض المقتضيات المضمنة في هذه الأخيرة كما يتضح ذلك من خلال الحكم الصادر عن قسم قضاء لأسرة بفاس بتاريخ 25 فبراير 2005 والذي جاء فيه:

" بعدما أصرت الزوجة على طلب التطليق مؤكدة على أن زوجها يسيء معاملتها من خلال الاعتداء المتكرر عليها بالضرب والتهديد بالقتل بالإضافة إلى كونه مدمن على الخمر ... قضت المحكمة بتطليق المدعية طلقة بائنة أولى للشقاق مع الإشهاد على تنازلها على مستحقاتها وكذا حقوق ابنها من المدعى عليه"[3].

أول ملاحظة يمكن إثارتها بصدد هذا الحكم هو ما يتعلق بالإشهاد على تنازل الزوجة عن حقوقها وحقوق ابنها، إذ بالإضافة إلى أن الأمر هنا يتعلق بالتطليق للشقاق وليس

---

[1]- مما يعني أن المطلق سوف يدلي للسلطات الأجنبية بحكم قضائي بالطلاق وليس برسم عدلي كما كان الأمر في السابق، الأمر الذي كان يلزمه بسلوك مسطرة الطلاق من جديد أمام هذه الجهات مع ما يعنيه ذلك من جعل المرأة في وضعية حرجة فهي مطلقة طبقا للقانون المغربي ومتزوجة طبقا للقانون الفرنسي، لذلك فإن هذا التعديل يشكل ضمانة قانونية مهمة لصالح الزوجة بالدرجة الأولى.

[2]- لمعرفة الموقف المتخذ من طرف هذه المحكمة في التعامل مع الطلاق الواقع بالمغرب بعد صدور المدونة راجع ص من هذا البحث

[3]- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بفاس بتاريخ 25 / 02 / 2005، ملف رقم 493 / 2 / 05، حكم غير منشور.

التطليق للخلع[1]؛ فإن المحكمة قبلت الإشهاد على تنازل الزوجة عن حقوق ابنها دون أن تكلف نفسها عناء البحث فيما إذا كان هذا التنازل في مصلحة الطفل أم لا؟

لاشك أن المحكمة بموقفها هذا تكون قد أضافت سببا آخر للسلطات القضائية الأجنبية يمكنها الاستناد إليه في رفض الاعتراف بالأحكام القضائية المتصلة بانحلال العلاقة الزوجية الصادرة بالمغرب. إذ بالإضافة إلى أن هذا الحكم يكرس انعدام المساواة بين الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية مادام أن الزوجة بالرغم من ادعائها الضرر وسوء عشرة زوجها لها لم تحصل على الطلاق إلا بعد تنازلها عن كافة مستحقاتها وكذا مستحقات ابنها، فإن عدم مراعاة المحكمة لمصلحة الطفل قد يثير نزعة القاضي الأوربي في التشدد بالدفع بالنظام العام في رفض مثل هذه الأحكام لو عرضت عليه.

إذ ثبت ذلك؛ فماذا عن الضمانات المخولة للزوجة والأطفال بعد الإذن بالطلاق سيما ما يتعلق منها بالتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي وحق الزيارة باعتبارهما من أكثر المسائل إثارة للجدل على مستوى الروابط الدولية الخاصة؟

فبالنسبة للتعويض عن الطلاق التعسفي؛ وخلافا لمدونة الأحوال الشخصية السابقة التي كانت تربطه بمبلغ المتعة[2] ؛ نصت المادة 101 من مدونة الأسرة على: " أنه في حالة الحكم بالتطليق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

ولعل في هذا إشارة واضحة إلى رغبة المشرع في ضرورة تجاوز الدفوعات التي كان يستند إليها القضاء الأوربي في رفض الاعتراف بالطلاق الواقع بالمغرب كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 يوليوز 1992 والذي جاء فيه: " أن القانون الذي لا يقرر تعويضا أو نفقة للزوجة، أو تعويضا لصالحها في حالة

---

[1]- بل حتى في حالة التطليق للخلع فإنه لا يمكن قبول التنازل عن حقوق الطفل إلا إذا ثبت ملاءة الزوجة ورغبتها في ذلك، ولاشك أن الزوجة هنا لم تتنازل عن حقوق ابنها عن رغبة واختيار بل ربما قد يكون ذلك تحت ضغط وإكراه الزوج لها في مقابل منحها الطلاق مادام انها ادعت الضرر

[2]- ويتعلق الأمر بالمادة 179 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على أن: " للمرأة الحصول في حالة الطلاق غير المبرر على متعة يراعى في تقديرها ما قد يلحقها من أضرار بسبب الطلاق". الأمر الذي كان يثير القلق بالنسبة للقضاء الأوربي على اعتبار أن ربط التعويض بمبلغ المتعة لا يضمن للزوجة الحصول على تعويض حقيقي عن الضرر الاحق بها، انظر:

- Françoise moneger : ordre public et jugement étrangère ; Revue Marocain de droit N°3 1987 p200

الطلاق يعتبر متعارضا بكيفية جلية مع النظام العام الفرنسي ويتعين استبعاده وتطبيق القانون الفرنسي بدلا منه"[1].

أما الآن وبعد هذا التعديل الذي جاءت به المادة 101 من مدونة الأسرة فإن الأمر قد تغير، وهو ما يتضح جليا من خلال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 12 فبراير 2004 والذي جاء فيه: " بما أن مدونة الأسرة أصبحت تتضمن مقتضى مماثل للفصل 266 من القانون المدني الفرنسي فيما يخص التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق، فإنه لا يمكن قبول طلب الزوجة الرامي إلى التعويض استنادا للقانون الفرنسي.

نفس الشيء نسجله بالنسبة للقرار الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 17 فبراير 2005 والذي منح للزوجة التعويض عن الطلاق استنادا للمادة 101 من مدونة الأسرة[2].

أما فيما يخص حق الزيارة فقد تدخلت مدونة الأسرة وخولت للطرف غير الحاضن الحق في زيارة ابنه سواء عن طريق الاتفاق بين الزوجين أو بحكم قضائي[3].

ولاشك أن هذا المقتضى بالإضافة إلى كونه يضمن حماية حق الطفل في أن تكون له اتصالات مباشرة مع كلا والديه بعد الطلاق، فإنه يتماشى مع معظم المقتضيات المنظمة لحق الزيارة سواء على مستوى القانون الدولي، أو في إطار القوانين الداخلية للدول الأوربية، الأمر الذي يجعله قابلا للتطبيق من طرف الأنظمة القضائية الأجنبية مادام أنه لا يخالف نظامها العام مع ما يعنيه ذلك من إمكانية تقوية روابط الأسرة المغربية بالمهجر لكونه يعطيها فرصة الخضوع لقانونها الوطني.

المطلب الثاني: بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية

نظرا لأن عون التنفيذ لا يخضع للأوامر القضائية الأجنبية تنفيذا لمبدأ سيادة كل دولة، واعتبارا لكون السلطة أو القوة العمومية التي تؤازر هذا العون لا يمكنها القيام بعملها في هذا المجال إلا تنفيذا لأمر الدولة التي تستمد منها هيبتها وقوتها [4]؛ فإن هذا يعني

1- cass-Civ, 16 juiellet 1992 in. JDI N°4 Année 1992 p 945 ; 954 ; Note jean Michiel jacquit
2 - Patrick matet : « la dissolution du mariage » op cite
3- انظر الفصول من 180 إلى 186 من مدونة الأسرة.
4- محمد بن المقدم: إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية في مادة الطلاق، مجلة رسالة الدفاع، العدد 2 نونبر 2001 ص 75

أن الأحكام الأجنبية الصادرة في حق الجالية المغربية لا يمكنها أن تنتج آثارها بالمغرب إلا بعد حصولها على ما يسمى بالصيغة التنفيذية.

غير أنه لما كان قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 يفتقر لتشريع وافر ينظم بدقة موضوع تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي بالصيغة التنفيذية ويحدد بعض المفاهيم الأساسية في هذا المجال والتي كانت تتحكم في مصير طلبات التذييل المعروضة على أنظار المحكمة كمفهوم النظام العام[1]؛ تضمنت مدونة الأسرة بعض المقتضيات التي من شأنها أن تيسر من مسطرة الحصول على الصيغة التنفيذية – **الفقرة الأولى-**

ومن ثم إدخال نوع من المرونة على موقف القضاء عند نظره في مثل هذا النوع من الطلبات – **الفقرة الثانية-** فهل فعلا الأمر كذلك؟

الفقرة الأولى: تبسيط مسطرة نفاذ الأحكام الأجنبية

خلافا لمدونة الأحوال الشخصية السابقة والتي لم تكن تتضمن أي مقتضى يتعلق بمعالجة مسألة الحصول على الصيغة التنفيذية، تضمنت مدونة الأسرة في سابقة من نوعها مجموعة من المقتضيات القانونية التي من شأنها تبسيط مسطرة الحصول على الصيغة التنفيذية للأحكام الصادرة في حق الجالية المغربية بالخارج.

إذ بالإضافة إلى معالجتها للعديد من الإشكالات القانونية والاجتماعية التي يطرحها عدم تذييل الأحكام الصادرة عن القضاء المغربي سيما المتعلقة بالطلاق من طرف المحاكم الأجنبية بالصيغة التنفيذية من خلال تجاوزها للعديد من المبررات والدفوعات التي تبني عليها هذه المحاكم أحكامها وقراراتها لاستبعاد القانون المغربي [2]، تضمنت مدونة الأسرة كذلك بعض المقتضيات المتعلقة بتسوية وضعية الجالية المغربية أمام القضاء المغربي ويتعلق الأمر أساسا بالمادة 128 التي تنص على ما يلي:

" الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها

---

[1]- جمال الطاهري: النظام العام المغربي كقيد على فاعلية الأحكام القضائية الأجنبية بانحلال الزواج المختلط، المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص أكتوبر 2004، ص 90.

[2]- ويتعلق الأمر أساسا بما يلي: تقرير المساواة بين الزوجين في إيقاع الطلاق – توفير ضمانات مالية وقانونية لفائدة الزوجة والأطفال – صدور الطلاق على شكل حكم قضائي وليس على شكل رسم عدلي ... إلى غير ذلك من المقتضيات التي سبق التعرض لها في المحاور السابقة والتي من شانها أن تدفع بالقضاء الأجنبي إلى التعامل بنوع من المرونة مع الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية والمطلوب تذييلها بالصيغة التنفيذية.

هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام المواد 430 و 431 و 432 من قانون المسطرة المدنية".

فمن خلال هذه المادة يتضح أن القضاء المغربي لم يعد في إمكانه رفض طلب تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية إلا إذا خرق في مقتضياته النظام العام المغربي كحرمان أحد الطرفين من حقوق الدفاع مثلا... [1]الخ.

ومعلوم أن مفهوم النظام العام قد عرف تطورا ملموسا على إثر التعديلات التي أدخلت على مدونة الأسرة؛ فما كان يعتبر مخالفا للنظام العام طبقا لمدونة الأحوال الشخصية لم يعد يعتبر كذلك في ظل هذه المدونة [2]؛ الأمر الذي من شأنه أن يضع حدا للعديد من طلبات التذييل بالصيغة التنفيذية والتي غالبا ما كانت تحكم بالرفض لأسباب واهية تستند إلى كون تلك الأحكام تتعارض مع النظام العام الذي كان يفهم فهما خاطئا لا يتماشى مع مصالح الجالية المغربية بالخارج [3]؛ بل إن هذا المقتضى من شأنه أن يفسح المجال أمام الجالية المغربية بالمهجر لاختيار تطبيق القانون المغربي عليهم مادام أنهم يعرفون مسبقا أن الأحكام الصادرة بالخارج طبقا له ستحصل على الصيغة التنفيذية بالمغرب.

كذلك من حسنات المادة 128 أنها نصت على أن جميع الأحكام المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية تكون قابلة للتنفيذ بالمغرب إذا أسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية.

فإضافة إلى أن هذه العبارة من شانها الحفاظ على الهوية والخصوصية الوطنية للجالية المغربية من خلال إعطائها فرصة التمسك بتطبيق قانونها الوطني مادام أن معظم الأسباب التي يمكن أن يعتمدها الحكم الأجنبي للحكم بإنهاء العلاقة الزوجية هي نفسها

[1]- أما مسألة مناقشة تكييف الوقائع، أو مدى كفاية التعليل أو سلامته، أو وسائل الإثبات، أو عدم الإشارة إلى نصوص القانون المغربي المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية، فليست من أسباب رفض طلب التذييل بالصيغة التنفيذية.

[2]- ولعل أبرز مثال على ذلك ما يتعلق بتدبير الأموال المشتركة بين الزوجين، وما يسمى بالطلاق الاتفاقي؛ حيث أنه بعد أن كان كل حكم أجنبي يتضمن اتحاد الذمة المالية بين الزوجين أو اتفاقهم على إنهاء العلاقة الزوجية يعتبر مخالفا للنظام العام المغربي ولا يمكن أن يحضى بالحصول على الصيغة التنفيذية؛ فإنه بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق وبعد إقرارها للنظام المالي للزواج وكذا الطلاق الاتفاقي لم يعد الأمر كذلك.

[3]- كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن ابتدائية الحسيمة بتاريخ 28 – 12 – 1999 والذي تم بموجبه رفض إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي استنادا لكونه قضى بالطلاق بين الزوجين على أساس الإهانة الفظيعة..."، بل كان بإمكان القاضي المغربي رفض إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي لمجرد أنه صادر عن قاضي غير مسلم. انظر: عبد المجيد غميجة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية دكتواه في القانون الخاص كلية الحقوق أكدال الرباط 1999، 2000 ص 390.

المنصوص عليها في القانون الجديد سيما ما يتعلق منها بالطلاق بالاتفاق، والطلاق للإخلال بأحد شروط العقد، أو للهجر وعدم المعاشرة الزوجية؛ فإنها ستفتح المجال أمام القضاء المغربي للاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في حق الجالية المغربية حتى ولو لم تذكر السبب المؤسس عليه التطليق بنفس المصطلح الوارد في القانون المغربي [1]، وإنما يكفي أن تكون غير متنافية مع الأسباب المقررة في مدونة الأسرة لإنهاء العلاقة الزوجية [2]؛ وهي مسألة إيجابية من شأنها تجاوز ما كانت تطرحه مدونة الأحوال الشخصية السابقة والتي كانت تعتبر الحكم الأجنبي الذي لا يتضمن أحد الأسباب المحددة على سبيل الحصر لإنهاء العلاقة الزوجية[3] مخالفا للنظام العام ولا يمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية.

كذلك ومن أجل تبسيط مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية على الجالية المغربية أشار منشور وزير العدل الصادر بتاريخ 13 أبريل 2004 إلى السماح لهم بتكليف من يقوم بهذا الإجراء بالمغرب؛ بل ويمكن للقضاة الملحقين بسفارات المملكة المغربية بالخارج دائما حسب المنشور السابق الذكر مساعدتهم على تحرير ملتمس إلى النيابة العامة قصد تقديم طلب من أجل التذييل بالصيغة التنفيذية[4]؛ وفي هذا أكبر دليل على عدم إرهاق كاهل الجالية المغربية بالخارج للتنقل إلى المغرب من أجل طلب تذييل حكم صادر في حقها في دولة الإقامة بالصيغة التنفيذية؛ بل إن هذا الإجراء من شأنه أن يحفز الجالية المغربية على المطالبة بتذييل الأحكام الصادرة في حقها بمجرد صدورها بالخارج وبالتالي القضاء على الوضعية السابقة حيث كان الحكم يصدر في تاريخ معين ولا يقدم طلب تذييله بالصيغة التنفيذية إلا بعد مدة من الزمن[5].

لكن رغم أهمية هذا التعديل وما يحمله من إيجابيات، فإنه لا يخلو مع ذلك من إثارة بعض الملاحظات؛ أهمها أن مدونة الأسرة اقتصرت في مادتها 128 على الإشارة فقط إلى

---

[1]- كالضرر والشقاق والتطليق للعيب أو للغيبة ...الخ.

[2]- وهو الأمر الذي تم التأكيد عليه من خلال الدليل العملي الصادر عن وزارة العدل في مارس 2004 في صفحته 58.

[3]- وهي التطليق للضرر، للغيبة؛ لعدم الإنفاق، للعيب ثم للإيلاء والهجر.

[4]- وذلك عن طريق المرور عبر مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل أو مديرية الشؤون القنصلية والاجتماعية بوزارة الشؤون الخارجية والتعاون.

[5]- كما هو الشان بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية برد طرد أم بهولندا بتاريخ 22 – 02 – 1999 والذي لم يقدم طلب تذييله بالصيغة التنفيذية إلا بتاريخ 23 – 01 – 2004، فخمس سنوات والزوجين يعتبران مطلقين بمقتضى القانون الهولندي وفي حكم الزوجين وفق القانون المغربي مع ما يترتب على ذلك من آثار لن تخدم بدون شك الوضعية الأسرية للجالية المغربية، لذلك فإن السماح للجالية المغربية بتقديم طلب الحصول على الصيغة التنفيذية من مكان إقامتها بالخارج ودون إلزامها بالتنقل إلى المغرب سيشجعها بدون شك على الإسراع في القيام بذلك وبالتالي تجاوز مختلف هذه المشاكل .

- الحكم صادر في الملف رقم 412 /11 بتاريخ 22 – 03 – 1999 وهو غير منشور.

الأحكام الصادرة في قضايا الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسخ دون غيرها من القضايا، ومن ثم يثار التساؤل حول ما إذا كان القضاء المغربي سيتعامل مع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الأجنبية في جل القضايا الأسرية للجالية المغربية بالمهجر بنفس المرونة التي تنص عليها المادة 128 أم لا؟.

قد يقول البعض أن هذا التساؤل لا أساس له على اعتبار أن المادة 128 قد تداركت الموقف ونصت في فقرتها الأخيرة على منح الصيغة التنفيذية كذلك لكل العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين.

لكن للأسف فإن هذا القول سرعان ما تلاشى بعد تأكيد وزارة العدل في تفسيرها لهذه العبارة: " وكذا العقود المبرمة أمام..." بعقود إنهاء العلاقة الزوجية لا غير[1].

عموما إذا كان هذا التفسير من شأنه أن يفسح المجال أمام القضاء المغربي لمنح الصيغة التنفيذية لعقود انحلال العلاقة الزوجية المبرمة ليس أمام القضاء فقط؛ وإنما أيضا أمام الموظفين والضباط المختصين وهي مسألة إيجابية من شانها أن تحل بعض المشاكل التي تعاني منها الجالية المغربية المقيمة في بعض الدول التي لا تأخذ بالطلاق القضائي كما هو الشأن بالنسبة للدانمارك والنرويج التي يتم فيها الطلاق أمام هيئة إدارية أو ما يسمى بالطلاق الإداري، فإن حصر هذا التفسير مع ذلك في عقود إنهاء العلاقة الزوجية من شأنه أن يقصي العديد من العقود التي لها علاقة بالروابط الأسرية للجالية المغربية بالمهجر من الحصول على الصيغة التنفيذية طبقا للمادة 128؛ لذلك نأمل ألا يتقيد القضاء بحرفية هذا التفسير المعطى من طرف وزارة العدل ويعمل على تفسير هذا النص – وكذا العقود ... – حسب ظروف كل قضية على حدة وبما يخدم مصالح الجالية المغربية المقيمة خارج أرض الوطن.

كذلك من الملاحظات التي يمكن توجيهها للمادة 128 هو إبقاءها على نفس شروط التذييل بالصيغة التنفيذية كما هي واردة في قانون المسطرة المدنية [2]، الأمر الذي قد يثير بعض الإشكالات بالنسبة للجالية المغربية.

---

[1]- جاء هذا التفسير في الصفحة 58 من الدليل العملي لمدونة الأسرة الذي أصدرته وزارة العدل عقب دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق.

[2]- ويتعلق الأمر أساسا: بصحة الحكم الأجنبي؛ اختصاص المحكمة المصدرة للحكم ثم عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام، بل إن مدونة الأسرة بإحالتها على الفصول 430 و 431 و 432 من قانون المسطرة المدنية تكون قد سقطت في تكرار بعض المقتضيات؛ مثلا المادة 128 تؤكد على ضرورة اختصاص المحكمة مصدرة الحكم في حين كان بالإمكان عدم ذكر هذا المقتضى مادام أنه منصوص عليه في المادة 430 من ق م م .

فمثلا بالرجوع إلى المادة 431 من قانون المسطرة المدنية نجدها تجعل من ضمن المستندات الواجب إرفاقها بطلب الحصول على الصيغة التنفيذية شهادة من كتابة ضبط المحكمة المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض، فإذا كانت هذه الشهادة لا تثير إشكالا عندما يتعلق الأمر بالطلاق أو بالتطليق فإن الأمر يزداد حدة بالنسبة للطلاق الاتفاقي حيث ترفض بعض المحاكم الأجنبية منح هذه الشهادة للجالية المغربية على أساس أن الطلاق الاتفاقي هو طلاق تم بإرادة الطرفين ومن ثم فهو يكتسب الصيغة النهائية بمجرد المصادقة عليه من طرف الجهة المختصة ولا يبقى هناك أي مجال للطعن فيه [1]، وهو الأمر الذي قد يتخذه القاضي المغربي ذريعة لعدم قبول دعوى الصيغة التنفيذية نظرا لعدم استيفاءها للشروط المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن ابتدائية الناظور بتاريخ 2004.03.15 والذي قضى بعدم قبول الدعوى وتحميل الصائر لرافعها بعلة أن المدعية لم تقدم نسخة رسمية من الحكم الأجنبي وما يفيد كونه أصبح نهائيا[2] .

إذ ثبت ذلك واعتبارا للدور المهم الذي يمكن أن يقوم به القضاء في تفعيل نفاذ الأحكام الأجنبية أو العكس استنادا لتقنية الدفع بالنظام العام نتساءل عن الموقف المتخذ من طرف القضاء المغربي إزاء المستجدات التي جاءت بها المادة 128 من مدونة الأسرة.

الفقرة الثانية: موقف القضاء من نفاذ الأحكام الأجنبية.

إذا كانت التعديلات التي حملتها المادة 128 من مدونة الأسرة تتضمن إشارة واضحة للقضاء المغربي للتعامل بمرونة مع مفهوم النظام العام في الحالة التي يطلب فيها منه تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية يتعلق برابطة أسرية لمغاربة بالخارج، فإنه بالنظر إلى بعض الأحكام القضائية الحديثة الصادرة عن القضاء المغربي بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق نجده لازال يتخذ من النظام العام ذريعة لاستبعاد الحكم الأجنبي مستغلا في ذلك تارة السلطة التقديرية المخولة له لتقدير النظام العام، وتارة أخرى استنادا إلى التفسير

---

[1]- جاء هذا الاستنتاج في إطار حوار علمي أجريته مع الأستاذ عزيز جواهري، قاضي بقسم قضاء الأسرة بفاس بتاريخ 9 -01 – 2006 وذلك في مقر قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بفاس.

[2]- حكم صادر عن ابتدائية الناظور بتاريخ 2004.03.15 في الملف عدد 99/1483، حكم عدد 279، حكم غير منشور.

السلبي لبعض العبارات الواردة في المادة 128 نفسها، الأمر الذي يمكن معه التمييز في العمل القضائي المغربي بين اتجاهين أساسين:

- اتجاه رئيسي يسير في اتجاه التعامل بمرونة مع تنفيذ الأحكام الأجنبية وهو ما يتضح من خلال العديد من الأحكام القضائية نذكر منها:

* الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 9 يناير 2006 والذي أعطى الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن محكمة هيرنة الابتدائية الألمانية القاضي بالطلاق بين زوجين مغربيين استنادا إلى كون الحياة الزوجية بينهما قد انتهت منذ أكثر من سنة وليس من المنتظر إعادة الحياة الزوجية بينهما[1] .

فرغم أن هذا الحكم لم يتضمن أحد الأسباب الواردة في مدونة الأسرة لإنهاء العلاقة الزوجية بل تم تأسيسه استنادا إلى الفصول 1564 و 1566 من القانون المدني الألماني والذي يمكن أن يجد تبريره فيما يسمى بالانفصال البدني بين الزوجين، فقد كيفت المحكمة السبب الوارد في هذا الحكم بأنه يدخل ضمن التطليق للشقاق ومن تم منحه الصيغة التنفيذية[2] .

* الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 13 – 09 – 2004 والذي أعطى الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي صادر عن محكمة رويرموند بهولندا بتاريخ 17 – 01 – 2002 والذي قضى بالتطليق بين زوجين مغربيين تأسيسا على سبب انهيار العلاقة الزوجية بين الزوجين[3] ، فقبل تعديل مدونة الأسرة لم يكن هذا الحكم ليحصل على الصيغة التنفيذية بالمغرب باعتباره مخالف للنظام العام[4] .

فمن خلال هذين الحكمين إذن يتضح أن القضاء المغربي، أو بالأحرى هذا الاتجاه القضائي قد استوعب أهمية التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة والرامية إلى تبسيط

---

[1]- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بفاس بتاريخ 9 – 01 – 2006 في الملف رقم 05/3273، حكم غير منشور.

[2]- انظر في نفس الإطار الأحكام التالية:

- الحكم الصادر عن نفس المحكمة أعلاه بتاريخ 1 – 11 – 2004 عدد 04/1264 في الملف رقم 04/2526 والذي قضى بتذييل حكم صادر عن المحكمة الابتدائية الموسعة الاختصاص بمدينة مونبليي بفرنسا والذي قضى بالطلاق الاتفاقي بين زوج مغربي وزوجته الفرنسية بالصيغة التنفيذية، حكم غير منشور.

- الحكم الصادر بتاريخ 27 – 06 – 2005 في الملف رقم 910 – 11 – 2005 والذي أعطى الصيغة التنفيذية لحكم صادر عن محكمة ماستريخت بألمانيا قضى بالطلاق الاتفاقي بين زوجين مغربيين أيضا، حكم غير منشور

[3]- الحكم صادر عن ابتدائية الناظور بتاريخ 13 – 09 – 2004، حكم رقم 857 في الملف رقم 1250 / 04، حكم غير منشور.

[4]- انظر في نفس الإطار الحكم الصادر عن نفس المحكمة بنفس التاريخ في الملف رقم 461 / 04؛ حكم رقم 844 والذي أعطى الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي صادر عن محكمة ليل الابتدائية الفرنسية بتاريخ 24 – 10 – 1996 والذي قضى بالتطليق بين زوجين مغربيين استنادا لكون الزوج قد ارتكب خرقا خطيرا ومتكررا بالتزاماته كزوج.

المسطرة على الجالية المغربية والتخفيف من حدة المشاكل التي كانت تعاني منها على مستوى روابطها الأسرية في حالة بقاء الأحكام الصادرة في حقها بالخارج بدون تنفيذ بالمغرب خصوصا تلك المتعلقة بإنهاء العلاقة الزوجية مع ما كان يعنيه ذلك من بقاء الزوجة مطلقة في دولة الإقامة ومتزوجة بالمغربن، بل وإمكانية متابعتها جنائيا بجريمة الخيانة الزوجية في حالة إبرامها عقد زواج ثاني بالخارج.

- أما الاتجاه الثاني فعلى نقيض الاتجاه الأول يسير في اتجاه التمسك بفكرة النظام العام مستغلا في ذلك ما تضمنته المادة 128 نفسها كذريعة لرفض تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، ومن ذلك الحكم الصادر عن ابتدائية الناظور بتاريخ 19 – 04 – 2004، والذي رفضت فيه منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي قضى بالتطليق بين زوجين مغربيين معللة ذلك بكون أنه: " بالرجوع إلى الحكم الأجنبي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية من خلال ترجمته إلى اللغة العربية يتبين أن هذا الأخير لم يبين الأسباب التي اعتمد عليها للحكم بالتطليق حتى تتمكن المحكمة من معرفة ما إذا كانت هذه الأسباب تتنافى مع تلك التي قررتها المدونة أم لا[1]؟

نفس الشيء بالنسبة للحكم الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2004.05.24 والذي رفض منح الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي صادر عن القضاء البلجيكي بالطلاق بين زوجين مغربيين وكذا بقسمة وتصفية وتوزيع الأموال المشتركة بينهما بعلة أنه مخالف للنظام العام المغربي الذي لا يعرف ما يعرف بالأموال المشتركة بين الزوجين ما لم يكن هناك اتفاق مسبق بينهما[2].

يتضح إذن من خلال هذين الحكمين مدى التشدد الذي يطبع موقف هذا الاتجاه القضائي في استعمال الدفع بالنظام العام خصوصا إذا علمنا أن مدونة الأسرة جاءت لتجاوز المشاكل التي يعاني منها المغاربة المقيمون بالخارج بسبب عدم تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في حقهم بالخارج وليس لتكريسها[3].

[1]- حكم صادر عن ابتدائية الناظور بتاريخ 19 – 04 – 2004، حكم عدد 415 في الملف رقم 275 / 40، حكم غير منشور

[2] - حكم صار عم ابتدائية الناظور بتاريخ 2004.05.24 ، حكم عدد 503 في الملف رقم 04/281، حكم غير منشور.

[3]- يضاف إلى هذا الموقف القضائي الذي لا يخدم أوضاع الجالية المغربية؛ مسألة البطئ في تنفيذ الأحكام الأجنبية حيث أن الإجراءات الواجب اتباعها في دعوى تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية هي نفسها المتبعة في الدعاوي العادية من تقديم طلب إلى المحكمة يلتمس فيه الطالب أو المدعي من المحكمة حكما يقضي له وفق الوقائع التي يسردها في طلبه إلى غاية صدور الحكم. لذلك يذهب البعض وعن حق إلى ضرورة نقل الاختصاص في طلبات التذييل بالصيغة التنفيذية من المحكمة إلى رئيس المحكمة في إطار القضاء الولائي وذلك قياسا على القرارات التحكيمية

لذلك يتعين على القضاء المغربي عند استعماله لتقنية الدفع بالنظام العام أن يكون ذلك مفروضا بالحكمة والاعتدال، وبالتالي فلا يصح الالتجاء إليه إلا في الأحوال التي تقتضيها المصالح العليا للمجتمع[1].

ولا نعتقد أن عدم إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم أجنبي لمجرد انه لم يذكر السبب الذي أسس عليه حكمه بالطلاق فيه حماية للمصالح العليا للمجتمع المغربي، بل إن العكس هو الصحيح[2]، لأن الطلاق قد تم في بلاد المهجر وانتهى الأمر سواء تم تنفيذه بالمغرب أم لا.

عموما وإذا كنا لا ننكر أهمية التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة فيما يخص الروابط الأسرية للجالية المغربية، فإن التساؤل يبقى مطروحا حول مدى قدرة هذه المستجدات في مواجهة التغيرات التي تعرفها الأنظمة القانونية الغربية إن على مستوى تطور ضوابط الإسناد، أو على مستوى تدويل وعولمة حقوق الإنسان المبنية على الحرية والمساواة المطلقة بين الجنسين .

القسم الثاني: مثبطات تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي وآليات تجاوزها.

بالرغم من أهمية التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة فيما يخص الروابط الأسرية للجالية المغربية بالخارج والتي تطرقنا لبعض منها في القسم الأول، وهي تعديلات من شانها كما سبق الذكر حل مجموعة من الإشكالات المرتبطة بالوضعية القانونية

الأجنبية التي تصبح قابلة للتنفيذ بالمغرب بناءا على أمر من رئيس المحكمة الابتدائية طبقا للفصل 320 من ق م م ، وهي مسالة إيجابية من شأنها التخفيف من حدة المشاكل الناتجة عن طول المسطرة المتعلقة بالتذييل بالصيغة التنفيذية

[1]- حسن الزاهر: إشكالية تطبيق أحكام الأسرة بالمهجر، مجلة كلية الشريعة العدد 24 السنة 2000 – 2001 ص 59.

[2]- أي أن عدم منح الصيغة التنفيذية في مثل هذه الحالة قد يكون فيه تهديد للمصالح العليا للمجتمع المغربي الراغب في مواجهة سياسة الاستيعاب التي تنهجها أغلب الدول الغربية اتجاه الجالية المغربية، إذ أن مثل هذا الموقف لن يشجع المرأة المغربية المهاجرة التي حصلت على حكم بالطلاق من زوجها بالخارج إلى العودة إلى المغرب، بكل بساطة للتهرب من متابعتها بالرجوع إلى بيت الزوجية ما دامت أنها تعتبر لازالت زوجة طبقا للقانون المغربي

الأسرية لجاليتنا بأوربا؛ فإن إبقاء هذا القانون على جملة من المؤسسات الأسرية المرفوضة في الدول الأوربية بذريعة معارضتها لحقوق الإنسان ومبادئ الحرية والمساواة حسب المفهوم المعطى لهما في الغرب كما هو الشأن بالنسبة للمانع الديني في الزواج ومنع التبني وعدم المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي...الخ؛ من شأنه أن يفتح منعطفا جديدا للتنافر والصراع بين قانون الأسرة المغربي والقوانين الأسرية الأوربية، ولعل النتيجة الحتمية لذلك كما برهنت التجربة هو استبعاد تطبيق قانون الأسرة المغربي وإحلال قانون القاضي بدلا منه؛ فما هي إذن أهم العراقيل والصعوبات التي تحول دون تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القاضي الأوربي عندما يعرض عليه نزاع يضم طرفا مغربيا؟ – **الفصل الأول**-.

ثم هل هناك من بوادر حل بديل لتجاوز مختلف هاته الصعاب وبالتالي ضمان احترام أفضل لتطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية – **الفصل الثاني**-.

الفصل الأول: مثبطات تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي.

إذا كان مبدئيا أن تطبيق قاعدة الإسناد تؤدي إلى تطبيق مدونة الأسرة على المنازعات الأسرية للجالية المغربية بالمهجر؛ فإن هذا المبدأ يتعرض في الواقع العملي للتعطيل والعرقلة بصورة تفقده نجاعته وفعاليته:

من جهة بسبب انتصار القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع لقانونه الوطني إما بدعوى معارضة قانون الأسرة المغربي للنظام العام ومستلزمات حقوق الإنسان، أو بكون المسألة موضوع النزاع منظمة بمقتضى قواعد أو قوانين التطبيق الفوري- **المبحث الأول-**.

ومن جهة ثانية بسبب التطرف الذي تنهجه معظم الدول الأوربية المستقبلة للجالية المغربية عند صياغتها لضوابط الإسناد والتي أضحى الجانب الطاغي عليها ينبني على اعتماد ضوابط إسناد منافسة للجنسية في مجال الروابط الأسرية عبر الوطنية مع ما يعنيه ذلك من إمكانية إخضاع الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالمهجر لقانون غير قانونها الوطني التي تمثله مدونة الأسرة – **المبحث الثاني-**

المبحث الأول: الدفع بالنظام العام الأوربي وقوانين التطبيق الفوري

مبدئيا فإن تبني ضوابط إسناد مماثلة بين قانون دولة الإقامة والبلد الأصلي للمهاجر سيما ضابط الجنسية معناه منح الاختصاص للقانون المغربي لحكم الأحوال الشخصية للجالية المغربية؛ غير أن الممارسة العملية أوضحت أنه حينما يصل التصادم بين هذا الأخير – القانون المغربي- وبين النظام القانوني لدولة الإقامة مدى لا يمكن معه التعايش أو استقبال بعض المؤسسات يلجأ القاضي المعروض عليه النزاع لاستبعاده وتطبيق

قانونه بدلا منه، وذلك إما بحجة النظام العام الذي أصبح يجد سنده في الاتفاقيات الدولية سيما الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية – **المطلب الأول-**

أو استنادا إلى ما يعرف بقوانين الضبط أو قوانين التطبيق الفوري – **المطلب الثاني-**

.

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام الأوربي.

نتيجة لمصادقة معظم الدول الأوربية المستقبلة للجالية المغربية على مختلف الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان واضطرارها تحت ضغط سلطة المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان إلى ملائمة قوانينها الداخلية بما فيها تلك المنظمة للروابط الأسرية مع مقتضيات وأهداف هاته الاتفاقيات، عرف النظام العام لهذه الدول تطورا مهما في اتجاه تكريس مبادئ الحرية والمساواة التامتين بين الرجل والمرأة – **الفقرة الأولى-**

الأمر الذي كان له انعكاس سلبي على موقف المحاكم الغربية عند تطبيقها لمقتضيات القانون المغربي أو الاعتراف بالأحكام والقرارات القضائية التي استندت إليه – **الفقرة الثانية-**.

الفقرة الأولى: النظام العام الأوربي مفهوم مستمد من حقوق الإنسان.

لقد أصبحت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، والاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان لسنة 1950[1]؛ واتفاقية 1962 المتعلقة بتحديد سن الزواج ومنع قيود تشريعية على الزواج

---

[1]- ثم التوقيع على هذه الاتفاقية في روما في 4 نونبر 1950 ودخلت حيز التنفيذ في 3 شتنبر 1953؛ حيث أصبحت هذه الاتفاقية بمثابة وثيقة شبه دستورية في أوربا بالنظر لما تمارسه من تأثير كبير على التشريع والممارسة القانونية في العديد من الدول، فلا أحد يجادل في الدور الفعال الذي لعبته هذه الاتفاقية في مجال تعديل القوانين والتشريعات الوطنية للدول المصادقة عليها: للمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية انظر:

ترجع إلى الجنس أو اللون أو الوضعية الاجتماعية أو العقيدة؛ ثم اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[1] تشكل نظاما عاما دوليا في مجال الروابط الأسرية لا يمكن للدول الأطراف تجاهله؛ ولعل السبب في ذلك راجع إلى توحد دول الغرب حول قضاء أوربي موحد تمثله المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان التي تلزم الدول الأطراف على ملائمة تشريعاتها الداخلية وفق منطق الانضمام لهذه المعاهدات [2]. الأمر الذي كان له انعكاس على المفهوم القانوني والاجتماعي للأسرة، حيث توالت التعديلات المنظمة للأسرة بمعظم الدول الغربية في اتجاه مسايرة الاتفاقيات الدولية والأوربية لحقوق الإنسان التي لا تؤمن إلا باحترام الحرية والحياة الخاصة وتحقيق المساواة المطلقة بين الجنسين بدءا من إبرام عقد الزواج الذي أصبح عقدا رضائيا بالمعنى الكامل للكلمة سواء بالنسبة للرجل أو بالنسبة للمرأة؛ ومرورا بما يتعلق بتدبير الشؤون المادية والمعنوية للأسرة وتربية الأطفال والولاية عليهم حيث ألغي مفهوم السلطة الأبوية وتم تعويضه بمصطلح ولاية القرابة، بل ألغيت كل الامتيازات التي كانت للرجل وأصبح هو والمرأة متساويان في جميع الحقوق والالتزامات والمسؤوليات الأسرية، بل الأكثر والأدهى من ذلك التساوي حتى فيما لا يقبل المساواة، فيما لا يقبله عقل ولا عادة، ثم انتهاءا بانحلال العلاقة الزوجية بالطلاق أو الوفاة وما يترتب عنهما حيث لم يعد الطلاق يتوقف على وجوب إثبات وقائع محددة أمام القضاء كثبوت خطا أحد الزوجين أو بسبب الخيانة الزوجية [3]، وإنما تم التراجع عن كل القيود المفروضة على الطلاق وأصبح من حق أي من الزوجين الذي لا يرغب في الاستمرار داخل إطار العلاقة الزوجية أن يطالب بالطلاق[4].

فمفهوم الأخلاق الحميدة والآداب العامة بل مفهوم النظام العام نفسه قد تغير بتطور المجتمع الأوربي الذي اصبحت فيه الحياة مبنية على النزعة المادية ومبادئ الحرية الفردية

- رشيد المرزكيوي: النظام الأوربي لحماية حقوق الإنسان، رسالة لنيل دبلوم الدراسا العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط 1991. 1992 ص 187 وما بعدها

-Matti pellonpâa : la convention européenne des droits de l’homme : quelque réflexions comparatives entre la Finlande et la France ; RIDC N°3 / 1995 p 669 et suivant

[1]- هذا فضلا عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية

[2]- ولعل هذا ما دفع بالسيد جإن فرانسوا بيرجولان، الوكيل العام لمحكمة النقض الفرنسية إلى التصريح بأن مركز الاجتهاد القضائي الفرنسي تحول من باريز إلى سطر اسبورغ مقر المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، وذلك في إشارة واضحة منه لإبراز التأثير الذي تمارسه هذه المحكمة على النظام القضائي الفرنسي.

[3]- بل تم إلغاء تحريم زنى المتزوج من خلال حذف الخيانة الزوجية من ضمن الأسباب المؤدية إلى إنهاء العلاقة الزوجية.

[4]- محمد البعدوي: وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع – بني ورياغل نموذجا – دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط، 2000 / 2001 ص 181 – 183.

حسب التفسير المعطى لهما في إطار الاتفاقيات الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة، وبصفة خاصة التفسير الذي تعطيه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لمفهوم الحرية والحياة الخاصة المضمن في المادة 8 من الاتفاقية الأوربية والتي ذهبت إلى أن الحق في احترام الحياة الخاصة المضمن في هذه المادة لا تعني فقط عدم تدخل الدول في الحياة الخاصة للأفراد، وإنما يشمل أيضا الحق في إقامة علاقات مع أشخاص إنسانيين آخرين سيما ما يتعلق منها بالمجال العاطفي [1] الأمر الذي انعكس سلبا على مؤسسة الأسرة بمفهومها التقليدي كمؤسسة اجتماعية يرعاها ويحميها القانون، حيث أدى التسامح الاجتماعي اتجاه الشذوذ الجنسي خلال السنوات الأخيرة ليس فقط إلى فتح باب المعاشرة الحرة اتجاه الشواذ جنسيا بل وإمكانية الزواج بينهم [2] مع ما يعنيه ذلك من السماح لهم بالتمتع بكافة الحقوق التي يتمتع بها كل من الرجل والمرأة في إطار الزواج المدني.

وفي هذا السياق أصدر البرلمان الأوربي في اجتماع له بتاريخ 8 فبراير 1994 توصية طالب فيها الدول الأعضاء ضمان حقوق المتعاشرين مثليا في الضمان الاجتماعي والسكن وخاصة ما يتعلق بالحق في التبني [3]، وهو الأمر الذي عملت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على مناصرته وتكريسه في العديد من قراراتها كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 26 فبراير 2002 والذي نقض حكما صادر عن القضاء الفرنسي يرفض فيه حق تبني طفل للمتزوجين مثليا بناءا على مخالفة العلاقة الجنسية الشاذة للمصلحة الفضلى للطفل.

ومما جاء في حيثيات رفض هذا القرار: " أن التصريح بالتوجهات الجنسية الشاذة من طرف الطاعن لا يحول دون تمسكه بحقه في عدم التمييز الذي تنص عليه المادة 14 من المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان والذي تدعمه المادة 8 من نفس المعاهدة بضرورة احترام الحياة الخاصة والأسرية للأفراد وبالتالي منحهم الحق في التبني"[4]

---

[1]- نفس المرجع ص 73

[2]- راجع في هذا الإطار التوصيات التي انتهى إليها مؤتمر السكان والتنمية المنعقد بالقاهرة بتاريخ 5 – 09 – 1994.

[3]- - وهو الأمر الذي استجابت له معظم الدول الأوربية بدءا من ألمانيا التي أقرت بالمعاشرة الجنسية المثلية سنة 1989، وتبعتها النرويج سنة 1993؛ ثم السويد 1994، وهولندا 1997، فبلجيكا 1998 ثم فرنسا التي أصدرت بتاريخ 15 نونبر 1999 قانونا يحمل رقم 99 - 944 يسمح بموجبه لشخصين من جنس مختلف أو من جنس واحد أن يبرما ميثاقا لتنظيم حياتهما المشتركة، والذي منذ دخوله حيز التطبيق في 16 نونبر 1999 إلى 31 مارس 2000 تم تسجيل 27944 ميثاقا للتضامن، راجع في هذا الصدد محمد الشافعي: الأسرة في فرنسا، " دراسات قانونية وحالات شاذة": مرجع سابق ص 131

[4] - cour europ. de droits de l’homme : revue trimestrielle de droit civil ; (RTDC) Avril / juin 2002 Dalloz p 389 - 393

الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان بإمكان الشعوب القوية أن تملي قوانينها وقيمها على الشعوب الضعيفة باسم إقرارها لمفاهيم حقوق الإنسان خصوصا إذا علمنا أن هذا التحوير في مفهوم كل من المساواة والحرية الفردية لم يكن له الأثر فقط على قوانين الأسرة في الغرب ولم يقتصر على التشريعات والقوانين الداخلية، بل توسع القضاء الأوربي في تطبيق مقتضيات قوانينه الداخلية الموسومة بطابع الحرية والمساواة حسب المفهوم المحدد لهما سلفا حتى على الجاليات الأجنبية المتواجدة فوق أراضيها ومنها بالطبع الجالية المغربية مستبعدة قوانين هذه الأخيرة للأحوال الشخصية باعتبارها متعارضة مع النظام العام لبلد القاضي كما سيتضح في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الدفع بالنظام العام الأوربي من خلال تطبيقات المحاكم الغربية.

نتيجة للتطور الذي عرفه النظام العام الأوربي والذي أصبح يجد مرجعيته كما سبق الذكر في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي ترفض أي قيد أو شرط يحد من حرية الزواج أو يصادر مبدأ المساواة بين الجنسين، فإن العديد من المؤسسات الأسرية التي لها علاقة بالروابط الأسرية للجالية المغربية والموسومة بالصبغة الدينية أو تكرس انعدام المساواة يتم استبعادها في أوربا بذريعة معارضتها للنظام العام ومستلزمات حقوق الإنسان[1] .

وتعتبر حالات الطلاق الانفرادي الصادر عن الزوج والمانع الديني في الزواج وانعدام المساواة بين الطفل الشرعي والطفل غير الشرعي، فضلا عن انعدام المساواة في الإرث ... الخ؛ من أكثر النماذج العملية دلالة على تدخل النظام العام الأوربي لإقصاء القانون المغربي والإجهاز على حقه في حكم الأحوال الشخصية للجالية المغربية من جهة؛ أو في ترك الأحكام القضائية المغربية بدون تنفيذ ببلد الإقامة من جهة أخرى[2] .

---

[1]- وذلك لدرجة يمكن القول معها أن الأمر لا يتعلق بتنازع بين القانون المغربي والقوانين الأوربية بقدر ما يتعلق الأمر بتنازع بين الحضارات، وفي هذا الإطار يقول الفقيه الفرنسي jean deperez " في مجال مثل الأحوال الشخصية وخاصة عندما يتعلق الأمر بعلاقات بين بلد إسلامي وآخر من العالم الخارجي، فإن تنازع القوانين ينبغي أن يفهم بالأحرى على أنه تصادم بين حضارتين قبل ان يكون اختلافا بين القوانين او بين الأنظمة". انظر في هذا الإطار:

Jean Deperez : « le droit international privé a travers les livres » Revue juridique ; politique et économique du Maroc N° 5 / 1979 p 265

[2] - Gérard legier : « les rapports familiaux et l’ordre public au sens du DIP » ; Revue de la recherche juridique N°2 / 1999p 233 et suivant

*** الطلاق الإنفرادي:**

تكتسي مؤسسة الطلاق أهمية متميزة في القانون الدولي الخاص على اعتبار أن جميع الإشكاليات القانونية لهذا الأخير طورت في ظل هاته المؤسسة [1] ، سيما عندما يتعلق الأمر بالطلاق الصادر بإرادة منفردة عن الزوج والذي يعد من أكثر المؤسسات إثارة للجدل في العلاقات مع البلدان الأوربية بالنظر لكونه يتعارض مع قيمها الحضارية التي يشكل مبدأي الحرية والمساواة نواة قوانين الأسرة فيها.

من هذا المنطلق ورغم أهمية التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة من أجل كسب اعتراف المحاكم الأجنبية بالطلاق الواقع بالمغرب، فإن القضاء الأوربي وبصفة خاصة محكمة النقض الفرنسية قد أصدرت مؤخرا في سابقة من نوعها قرارا بتاريخ 17 فبراير 2004؛ ذهبت فيه إلى رفض الاعتراف بهذا الطلاق الواقع بالمغرب لكونه يكرس الامساواة بين الزوجين عند انحلال العلاقة الزوجية مما اعتبرته محكمة النقض مخالفا للنظام العام الدولي[2].

وقد استندت محكمة النقض الفرنسية في تبرير موقفها هذا على أن دور السلطة القضائية حسب مدونة الأسرة ينحصر في تحديد المستحقات المالية المترتبة عن الطلاق مادام أن اعتراض الزوجة على هذا الطلاق ليس له أي أثر قانوني؛ الأمر الذي يشكل حسب محكمة النقض خرقا لمبدأ المساوة بين الزوجين عند إنهاء العلاقة الزوجية طبقا للفصل الخامس[3] من البروتوكول رقم 7 الصادر بتاريخ 22 نونبر 1984 الملحق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تعهدت فرنسا بضمان احترام مقتضياتها لفائدة كافة الخاضعين لقضائها[4].

فمحكمة النقض الفرنسية بموقفها هذا تكون قد أوجدت تقنية جديدة لاستبعاد القانون المغربي المختص بموجب قواعد الإسناد المضمنة في الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10

[1] - Hellen Goudman tallon : « la désunion du couples en DIP », Recueil des cours de l’academie de la Hay ; T266/ 1991 p33

[2] - cass.civ 17 fevrier 2004, Arret N°259 / 02 – 15 . 766 :
http : // www.courdecassation.fr

[3]- ينص هذا الفصل على أن الزوجين يتمتعان بالمساواة في الحقوق والمسؤوليات ذات الطبيعة المدنية فيما بينهم وفي علاقتهم بأبنائهم بالنسبة للزواج وأثناء سريانه وعند انحلاله

[4]- وللإشارة التعليل نفسه بررت به محكمة النقض الفرنسية رفضها تطبيق الاتفاقية المغربية الجزائرية، حيث صدرت في التاريخ ذاته – 17 فبراير 2004- اربع قرارات تستبعد بها تطبيق هذه الاتفاقية لتعارضها مع النظام العام الدولي وخاصة الفصل 5 من البروتوكول رقم 7 السابق الذكر، القرارات واردة على الموقع التالي:http:// www.courdecassation.fr

غشت 1981[1]؛ الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان يمكن اعتبار هذا المنحى الجديد الذي سلكته محكمة النقض الفرنسية ضربا للمرجعية التقليدية في القانون الدولي الخاص المعتمدة على قواعد الإسناد والأخذ بالقواعد المادية الموضوعية ذات المصدر الدولي؟

إن ما يمكن التأكيد عليه هو أن هذا الاتجاه الذي نحته محكمة النقض إذا كان يدل على شيء فإنما يدل على الاختلاف المفاهيمي للمساواة بين الثقافتين الغربية والإسلامية، فرغم المجهود المبذول من طرف مدونة الأسرة لتحقيق نوع من التقارب والإنسجام مع المقتضيات الأوربية فيما يخص الطلاق بضمان حقوق الزوجة ودفاعها ومستحقاتها إلا أنه يبقى غير كافي ليرقى إلى مفهوم المساواة المكرس في الفصل الخامس من البروتوكول رقم 7 السابق الذكر، الشيء الذي يجدر معه على القضاء الفرنسي ومن خلاله القضاء الأوربي مراعاة الخصوصية الإسلامية المغربية والتعامل بنوع من المرونة والنسبية في الدفع بالنظام العام الدولي سيما وأن المبرر الذي يعتمده هذا القضاء في رفض الاعتراف بالطلاق الواقع بالمغرب لا يستند إلى أساس سليم، من جهة لأن القول بعدم تطابق مقتضيات مدونة الأسرة مع الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان فيما يخص المساواة عند انحلال العلاقة الزوجية يتعارض مع المنطق القانوني الذي يعفي المغرب من الإلتزام بتطبيق بنود اتفاقية لا يعد من أطرافها؛ ومن جهة أخرى لأن مفهوم المساواة هو مفهوم نسبي يتعين فهمه في إطاره السسيولوجي والحضاري، حيث أنه مهما بلغت التعديلات التي يمكن أن تلحق الطلاق بالمغرب فإنها لا يمكن أن تصل إلى مفهوم المساواة التامة كما ينشده الغرب.

*** المساواة في البنوة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي:**

إن مبدأ المساواة في البنوة تعني إقرار حقوق متساوية بين جميع الأطفال بغض النظر عن مولدهم سواء تعلق الأمر بالحق في النسب أو النفقة أو الميراث أو غيرها من الحقوق المنصوص عليها للأطفال الشرعيين؛ وهو المبدأ الذي نصت عليه الاتفاقية الأممية لحقوق الطفل في مادتها الثانية[2].

---

[1]- وخاصة المادة 13 منها والتي تنص على أن عقود انحلال العلاقة الزوجية المخاطب عليها من طرف قاضي بالمغرب والواقعة بين زوجين مغربيين طبقا لقانونهما الوطني ترتب آثارها بفرنسا ضمن نفس الشروط المطلوبة في أحكام التطليق الصادرة في الدولة الأخرى.

[2]- تنص هذه المادة: " على أن تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز.

غير أنه بالرجوع إلى المادة 148 من مدونة الأسرة المغربية نجدها تنص على أنه: " لا يترتب عن البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي اثر من أثار البنوة الشرعية"؛ الأمر الذي سينعكس بدون شك على الروابط الأسرية للجالية المغربية سواء عندما يراد التمسك بتطبيق هذا المقتضى أمام القضاء الأوربي؛ أو في إطار مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية لحكم قضائي صادر في هذا الشأن عن قضاء إحدى الدولتين خصوصا إذا علمنا أن معظم المحاكم الأوربية تعمل على تمديد مقتضيات القوانين المحلية المتعلقة بحماية الأطفال الطبيعيين لتشمل الأجانب أيضا، وفي هذا الإطار صدر عن محكمة الاستئناف ب ليون leon الفرنسية بتاريخ 12 دجنبر 2000قرارا يقضي باستبعاد تطبيق القانون المغربي المختص وتطبيق قانون القاضي بدلا منه؛ حيث جاء في حيثيات هذا القرار:

" وبما أنه يترتب عن تطبيق القانون المغربي المختص حرمان الطفل المقيم بفرنسا منذ ولادته من حقه في الاستفادة من نسبه للأب، فإنه يتعين استبعاده لأنه يعارض النظام العام"[1].

بل إن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان ذهبت في قرار لها بتاريخ 1 فبراير 2000 إلى درجة إدانة فرنسا لعدم مساواتها بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي في الإرث [2]. ولاشك أن هذا المنحى الذي نحته المحكمة الأوربية من شانه أن يدفع بمعظم المحاكم الأجنبية إلى السير في نفس الاتجاه؛ ومن تم رفض كل مقتضى من شأنه أن يخرق مبدأ المساواة في البنوة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي ومنه بطبيعة الحال المادة 148 من مدونة الأسرة المغربية.

* **المساواة في الإرث:**

تتضمن مدونة الأسرة بعض الأحكام التي تخالف النظام العام في كل الدول الأوربية وهي تتصل بموانع الإرث والأنصبة المخصصة للورثة، ومن ذلك مثلا عدم الثوارث بين

---

[1]- وفي نفس الإطار نذكر القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 نونبر 1992 والذي نقض قرار لمحكمة الموضوع معتبرة أنه مادام القانون الوطني للأم لا يعترف بالبنوة الطبيعية تجاه الأب فإن محكمة الموضوع يتعين عليها الرجوع مباشرة للقانون الفرنسي. انظر:
-Cass.civ 18 Novembre 1992 ; JDI N°2/1993, Note yves Lequette p 309 et suivant.

[2]- cour européenne des droits de l'homme, strasbourg. Arret du 1er fevrier 2000, revue universel des droits de l'homme N° 3 – 5 / 2000- p 103

المسلم وغير المسلم ومنح المرأة نصف ما يناله الذكر [1] الأمر الذي من شأنه أن يطرح العديد من المشاكل والصعوبات على مستوى الروابط الدولية الخاصة سيما عندما تكون التركة المراد قسمتها متواجدة بدولة الإقامة، حيث تطرح مسألة الاعتراف في بلد الإقامة بالأحكام الصادرة عن القضاء المغربي وفقا لهذه المقتضيات.

لاشك أن فرص الاعتراف بهذه الأحكام بأوربا تبقى جد نادرة إن لم نقل مستحيلة، فمن المستبعد مثلا أن تعطي المحاكم الأجنبية الصيغة التنفيذية لحكم مغربي صدر بناء على مقتضيات تحرم أحد الزوجين أو الأبناء من التركة بفعل المانع الديني وذلك على اعتبار أن النظام العام الأوربي يقف ضد كل قاعدة أو مؤسسة ذات مصدر ديني أو تتعلق بعدم المساواة بين الرجل والمرأة [2] خصوصا بعد تأكيد العهد الدولي الخاص بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في مادته 13 على مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في كافة المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية ولا سيما الحق في الاستحقاقات العائلية، ولعل من بين أهم هذه الاستحقاقات مسألة الإرث[3].

* **المانع الديني في الزواج:**

إن المانع الديني الذي يحول دون زواج المسلمة بغير المسلم الذي كرسته مدونة الأسرة في الفقرة الخامسة من المادة 39 لا يلتفت إليه في القوانين الأوربية الائكية، وقد استبعدته المحاكم الأجنبية في أكثر من قرار، ومن ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 9 يونيو 1996 عندما أكدت على " أن النظام العام الفرنسي يقف ضد القيود ذات الطبيعة الدينية التي تضعها بعض القوانين الأجنبية في مواجهة حرية الزواج كالقانون المغربي الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم"[4].

فرغم أن تاريخ هذا الحكم يعود إلى مدونة الأحوال الشخصية السابقة، فإن موقف القضاء الأجنبي لن يتغير مادام أن هذا المانع لازال موجودا ومادام أن جل الاتفاقيات

---

[1]- محمد الوكيلي: " أي حلول لتنازع القوانين بشان الأحوال الشخصية للمرأة المغربية بالمهجر العلاقات المغربية الأوربية نموذجا"، سلسلة لنكسر الصمت العدد 3 / 2001 ص 134

[2]- jean deperez : « la reception du statut personnel musulman en France » ; cahiers des droits maghrébins vol N°1 janvier . juin 1995 ; p 95

[3]- عموما وإذا كان تعديل القوانين الإسلامية ومنها القانون المغربي لا يمكن أن يسير في اتجاه تحقيق مطلب المساواة في الإرث نظرا لقطعيۃ النصوص الواردة فيه، فإنه من أجل تحقيق نوع من الانسجام والتوافق بين النظام القانوني المغربي والنظام القانوني الأوربي فإنه يمكن لمؤسستين تأخذ بهما المدونة ضمان وحماية حق الزوجة غير المسلمة في نصيب من تركه زوجها، وهما الهبة والوصية باعتبار أن المدونة لا تسمح بالوصية إلا لغير الورثة ولا يعتد بالمانع الديني في الوصية

[4]-موحى ولحسن ميموني: مرجع سابق ص 124

الدولية ترفض أي تمييز بين الجنسين أيا كانت طبيعته، ونفس الشيء يمكن قوله عن الموانع المتعلقة بالرضاع والتي تعد من خصوصيات الشريعة الإسلامية وغير معروفة في أي نظام قانوني آخر الأمر الذي يقصي كل إمكانية للاعتراف بها في بلد الإقامة.

المطلب الثاني: الدفع بقوانين التطبيق الفوري.

إذا كان إعمال فكرة النظام العام وفقا للأسلوب التقليدي لحل مشكلة تنازع القوانين لا تأتي إلا في مرحلة لاحقة بعد إعمال قاعدة الإسناد وفحص مضمون القانون الأجنبي الذي تشير هذه القاعدة باختصاصه وثبوت تعارضه مع الأفكار الأساسية في دولة القاضي، فإن القواعد فورية التطبيق على خلاف ذلك تنطبق مباشرة بمجرد اختصاص القاضي الوطني بالنظر في النزاع المعروض عليه وتوافر الصلة بين هذا النزاع وبعض القواعد التي تعتبر في نظامه القانوني واجبة التطبيق بصفة إقليمية؛ فماذا نقصد إذن بقوانين التطبيق الفوري أو ما يسمى بقوانين الضبط؟ – **الفقرة الأولى-**

ثم كيف يمكن لمثل هذه القوانين أن تحد من تطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية؟ – **الفقرة الثانية-**

الفقرة الأولى: مفهوم قوانين الضبط.

يقصد بقوانين الضبط أو القواعد ذات التطبيق الفوري تلك القواعد التي تطبق مباشرة على النزاع المعروض على القاضي دون المرور بقاعدة التنازع الكلاسيكية تماشيا مع

مصلحة الدولة في تطبيق قانونها في بعض المسائل تطبيقا تطبيقا إقليميا لما في ذلك من خدمة للنظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي الضروري للدولة.

فهي قواعد تنتمي إلى قانون القاضي وتنطبق مباشرة على المنازعات المطروحة أمامه حتى ولو تعلق الأمر بعلاقات مشتملة على عناصر أجنبية إذ كلما اتضح من قاعدة قانونية أنها تعتبر ضرورية التطبيق بناءا على الهدف منها؛ فإن هذه القاعدة تكون واجبة التطبيق في الدولة على كافة العلاقات القانونية المعروضة على القاضي دون البحث عن قواعد الإسناد أو تحديد القانون الواجب التطبيق[1] .

فما هو إذن الفرق بين قواعد الإسناد وقواعد التطبيق الفوري؟.

بخلاف منهج قاعدة الإسناد الذي يعتمد في فض التنازع على تحليل العلاقة القانونية المعروضة على القاضي وردها إلى إحدى عناصر الإسناد تمهيدا لتطبيق القانون المختص بغض النظر عن هذا القانون، هل هو قانون القاضي أم القانون الأجنبي، فإن منهج القواعد ذات التطبيق الفوري على العكس من ذلك لا يهتم بالعنصر الأجنبي، أو بالطبيعة الدولية للنزاع وإنما يعتمد على تحليل القواعد القانونية من حيث سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي في بعض الفروض، بمعنى أن هذه القواعد تكون واجبة التطبيق بمجرد أن يتحقق القاضي من وجودها واتصال النزاع المعروض أمامه بمجال سريانها بغض النظر عن نوع أو طبيعة العلاقة محل النزاع وطنية كانت أم دولية[2].

كذلك وبخلاف قواعد الإسناد التي تهدف إلى تحقيق صالح المعاملات الخاصة الدولية من خلال إفساح المشرع الوطني المجال بقدر أو بآخر لتطبيق القوانين الأجنبية في إقليمه حين يراها أقدر على حكم النزاع وأكثرها صلة به؛ فإن القواعد ذات التطبيق الفوري تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق الصالح الوطني سيما ما يتعلق منه بالتنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة[3].

غير أن هذا الاختلاف بين قواعد الإسناد وقواعد فورية التطبيق لا يعني أن قواعد الإسناد لا تلعب أي دور في حل مشكلة تنازع القوانين أو يجب الاستغناء عنها كلية، بل إن

---

[1]- إبراهيم أحمد إبراهيم: مرجع سابق. ص 257.
[2]- محمود محمد ياقوت: قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي 2003 ص 26 – 27.
[3]- نفس المرجع: ص 29

دور هذه القواعد يظهر جليا حينما يتضح للقاضي عدم وجود قواعد قانونية فورية التطبيق في الموضوع مثار النزاع، بمعنى أن تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد لا يكون إلا بعد الجزم بعدم معالجة المشرع الوطني للموضوع محل النزاع وفقا لقاعدة فورية التطبيق[1].

إذ ثبت ذلك نتساءل عن الدور الذي يمكن أن تضطلع به هذه القواعد ذات التطبيق الفوري في الحد من تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القاضي الأجنبي عندما يعرض عليه نزاع يضم طرفا مغربيا؟

الفقرة الثانية: دور قوانين الضبط في الحد من تطبيق قانون الأسرة المغربي.

بالنظر لعدم وجود معيار موحد يمكن اللجوء إليه من طرف القاضي المعروض عليه النزاع لتحديد ما إذا كانت القواعد القانونية المطلوب منه تطبيقها تعتبر فورية التطبيق أم لا؛ وذلك نتيجة لعدم اختلافها في الطبيعة عن غيرها من القواعد القانونية، فإنه في حالة عدم تعرض المشرع لتوضيح هذه المسالة بدقة في القاعدة ذاتها من خلال تضمينها ما يدل على رغبته في تطبيقها بصفة إقليمية بصدد العلاقات ذات الطابع الدولي، فإن الأمر يبقى متروكا لسلطة القاضي التقديرية عن طريق فحص القاعدة للتعرف على الهدف الذي ابتغاه المشرع من سنها؛ الأمر الذي من شأنه أن يكون له انعكاس سلبي على تطبيق القانون الأجنبي، وفي موضوعنا القانون المغربي للأحوال الشخصية أمام القاضي المعروض عليه النزاع.

فطالما أن هذا القاضي غير مقيد بمعيار معين في تقدير مدى فورية القاعدة من عدمها؛ واعتبارا لسياسية الإدماج التي تنهجها أغلب الدول الأوربية في معالجتها لقضايا الهجرة من خلال فرض قانون القاضي ما أمكن في الروابط الدولية الخاصة، فإن القاضي الأجنبي قد لا يتوانى في استغلال هذه السلطة المخولة له ويعتبر كل علاقة معروضة عليه

---

[1]- إبراهيم احمد إبراهيم: مرجع سابق ص 260

تضم طرفا مغربيا منظمة بقواعد فورية التطبيق، وبالتالي يستبعد تطبيق القانون المغربي وينتصر لنزعته الوطنية دون أن يكلف نفسه عناء البحث في قواعد الإسناد طالما أنه بإمكانه حتى في هذه الحالة الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الذي تشير هذه القواعد باختصاصه.

وهكذا فباسم قوانين التطبيق الفوري أو قانون الشرطة قد يساهم القاضي الأجنبي المعروض عليه النزاع في التطبيق الإقليمي لقانونه الوطني على الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالمهجر. وفي هذا الإطار فقد دأب القضاء الهولندي إلى العمل على إبطال الزيجات التي تتم قبل 18 سنة مبررا موقفه بضرورة حماية الطفولة وفقا لما جاء في المواثيق الدولية لحقوق الطفل والتي تعرف هذا الأخير بأنه كل شخص يقل عمره عن 18 سنة[1].

فرغم أن مدونة الأسرة قد رفعت سن الزواج إلى 18 سنة فإن السماح بالزواج قبل هذه السن بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج[2] قد يعرض مثل هذا الزواج للإبطال من طرف القاضي الهولندي على اعتبار أن سن الزواج في هذا البلد – هولندا – يعتبر من صميم القواعد ذات التطبيق الفوري التي تطبق ليس فقط على المواطنين الهولنديين وإنما أيضا على جميع الأجانب بغض النظر عن جنسياتهم وسواء كانوا ذكورا أو إناثا.

كما أنه باسم قوانين التطبيق الفوري يمكن للقاضي الهولندي الحكم بإبطال الزواج الذي يضم طرفا مغربيا وطرفا هولنديا إذا ثبت له عدم وجود رابطة زوجية فعلية بين الأطراف المعنية سيما بعد صدور قانون جديد بهولندا بتاريخ 4 – 10 – 1993 والذي يلزم الأجانب ومنهم المغاربة القاطنون بهذا البلد الراغبين بالزواج بمواطن هولندي ضرورة الإدلاء لموظف الحالة المدنية ما يثبت رفض إبرام كل زواج مخالف للنظام المدني[3].

وما قيل عن القضاء الهولندي يمكن تعميمه على مختلف الأنظمة القضائية الأوربية الأمر الذي سيجعل بدون شك تطبيق قانون الأسرة المغربي رهين بالموقف المتخذ من

---

[1]- وذلك حسب المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989.

[2]- حيث انه حسب المادة 20 من مدونة الأسرة يمكن لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى أو الفتاة قبل 18 سنة.

[3]- جميلة أحيدة: المرأة المغربية المهاجرة والحلول الرسمية الحالية الهولندية، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد؛ عدد خاص، 2003، ص 30.

طرف القاضي المعروض عليه النزاع مع ما يعنيه ذلك من إفراغ قواعد الإسناد من محتواها ومن الهدف الذي شرعت من أجله سيما في الحالة التي تعطي فيها هذه القواعد الاختصاص للقانون المغربي.

لذلك يجب التدخل لإعادة صياغة هذه التقنية على الأقل في اتجاه تقييد سلطة القاضي بوضع معيار موحد يمكن له الاستناد إليه لتمييز هذه القواعد عن غيرها من القواعد القانونية حتى يكون المهاجر المغربي على الأقل على بينة من القانون الذي سيطبق عليه.

المبحث الثاني: اعتماد القضاء الأوربي ضوابط إسناد جديدة في مجال الأحوال الشخصية.

بخلاف الأنظمة الإسلامية التي تخضع كل مادة تتعلق بالحالة الشخصية لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، عرفت معظم الأنظمة القانونية الأوربية عدة تغيرات على مستوى ضوابط الإسناد كان من نتائجها تقييد المجال المشمول بقانون الجنسية لفائدة الموطن أو الإقامة الاعتيادية – **المطلب الأول**-

ومن جهة أخرى فإن رغبة هذه الأنظمة في تحرير الروابط الأسرية وإخراجها من المجال العام الخاضع لوصاية الدولة إلى المجال الخاص الذي تلعب فيه إرادة الأطراف دورا تقريريا في تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم، وحماية لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة الأسرية وخاصة الطفل؛ جعلت من الأنظمة القضائية لمعظم الدول الأوربية المستقبلة للهجرة تتبنى قواعد إسناد جديدة في مجال الروابط الأسرية عبر الوطنية؛ ويتعلق الأمر أساسا بضابط الإرادة وضابط المصلحة الفضلى للطفل التي أضحت تشكل عناصر ارتباط أساسية في مجال الأحوال الشخصية – **المطلب الثاني**-

المطلب الأول: تضييق المجال المشمول بقانون الجنسية لفائدة الموطن

لقد كان لموجة الهجرة إلى الدول الأوربية بالغ الأثر في تغيير البلدان المستقبلة سياستها التشريعية اتجاه هؤلاء المهاجرين؛ حيث صار التفكير أمام استحالة استرضاء خاطر مختلف القوانين الأجنبية منصبا في اتجاه اقتطاع بعضا من مجالات الجنسية لفائدة

الموطن لدرجة أضحى معها هذا الأخير يشكل عنصر الإسناد الرئيسي في مجال الأحوال الشخصية – **الفقرة الأولى**-

غير أن هذا الحل إذا كان يخدم بالدرجة الأولى سياسة الإدماج التي تسعى سلطات الإقامة إلى تحقيقها، فإنه سينعكس لا محالة سلبا على الوضعية الأسرية للجالية المغربية بالمهجر ويتجلى ذلك بصفة خاصة من خلال عدم الاعتراف ببعض المؤسسات الأسرية المنشأة وفقا لضابط الموطن – **الفقرة الثانية**-

الفقرة الأولى: طغيان قانون الموطن على القانون الوطني.

إن المتأمل في اختيارات الدول الأوربية في تعاملها مع الجاليات الأجنبية ومنها الجالية المغربية سيلاحظ دون محالة أن أغلب هذه الدول كانت إلى عهد قريب تولي عنصر ارتباط المهاجرين بقوانينهم الوطنية في مجال الأحوال الشخصية جانبا من التقدير والاحترام؛ بيد أن تدفق الوفود الأجنبية على هذه الدول وخاصة منذ عقد السبعينات بحكم الالتحاق المكثف لأسر العمال في إطار ممارسة حق التجمع العائلي قد أربك الحسابات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول المستقبلة وخلق لديها صعوبات متعددة فيما يتعلق بمركزة القوانين الأجنبية في نظامها القانوني؛ ذلك أن القاضي الأوربي أصبح من المحال عليه مسايرة زخم القوانين الأجنبية الواردة عليه والتي تتبارى في حلبة المنافسة للاستحواذ على الاختصاص.

لذلك بدأ التفكير جديا في توظيف التقنيات القانونية لمواجهة التوارد الحضاري والقانوني الأجنبي؛ فكان أن أصبح الموطن أو الإقامة الاعتيادية في الدول ذات التقليد العريق في شخصية القوانين مثل فرنسا، إيطاليا، ألمانيا، هولندا، سويسرا، بلجيكا وإسبانيا يستحوذ على المجال التقليدي للجنسية [1]؛ حيث أنه بعد أن كانت هذه الأخيرة – الجنسية – تشكل الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق أصبحت استثناءا في مجال فض تنازع القوانين.

[1]- موحى ولحسن ميموني: مرجع سابق ص 103.

ويجد ضابط الموطن [1] أصله التاريخي عند الفقيه الألماني سافييني حيث كانت نقطة البدء عنده هي أن البلاد التي ورثت القانون الروماني وسادت فيها الديانة المسيحية يجمعها الاشتراك القانوني أي تربطها وحدة الثقافة القانونية والفكر القانوني وتكون فكرة العدالة عندها واحدة[2]؛ لذلك فإن حل تنازع القوانين بالاستناد إلى ضابط الموطن يتم عن طريق تحديد مقر الشخص ورد العلاقة القانونية إلى مقرها الذي يتفق وطبيعتها سعيا وراء الحل المثالي لتنازع القوانين والوصول لمعرفة القانون الأنسب لحكمها وهو قانون مقرها، وقد انتقل هذا التفسير من الفقه الألماني ليغزو مختلف الأنظمة القانونية المقارنة التي أضحى فيها الموطن يشكل عنصر الإسناد الرئيسي في مجال الأحوال الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للأنظمة التالية:

* القانون الهولندي الصادر بتاريخ 25 مارس 1981 الذي نص في فصله الأول على ما يلي: يطبق على الطلاق أو الانفصال الجسماني:

- القانون الوطني المشترك إذا كان للزوجين جنسية مشتركة.
- قانون الإقامة الاعتيادية إذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة[3].

فطبقا لهذه المادة يتضح أن قانون الأسرة المغربي لا يمكن تطبيقه من طرف القاضي الهولندي على الروابط الأسرية للجالية المغربية سيما ما يتعلق منها بالطلاق إلا إذا تعلق الأمر بزوجين يحملان معا الجنسية المغربية، أما بالنسبة للعلاقات المختلطة التي يكون فيها أحد الزوجين هولنديا فإن القاضي الهولندي سوف ينتصر لقانونه الوطني مستغلا في ذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون السابق الذكر وذلك من خلال تطبيق قانون الإقامة الاعتيادية الذي غالبا ما يتوافق مع القانون الهولندي باعتباره قانون دولة إقامة الجالية المغربية.

[1]- يمكن تعريف الموطن بالاستناد إلى عنصرين اثنين: أولا عنصر مادي وهو الإقامة في مكان معين على وجه الاستقرار وعنصر معنوي وهو اتجاه نية الشخص إلى اتخاذ هذا المكان مقرا دائما له، فموطن الشخص إذن هو المحل الذي يفترض وجوده فيه على الدوام والذي إذا غادره إنما يغادره بنية الرجوع إليه، والغالب أن يكون هذا المحل هو محل الإقامة المعتادة، انظر :

- فهمي محمد كمال: مرجع سابق ص 254.

[2]- عز الدين عبد الله: مرجع سابق، ص 49.

[3]- جميلة أحيدة: " نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة" مرجع سابق، ص 107.

ونفس الشيء يمكن قوله عن الآثار الشخصية للزواج حيث تنص المادة السادسة من قاعدة التنازع الهولندية على إخضاعها للقانون الوطني المشترك للزوجين أو لقانون إقامة الزوجين في حالة انعدام هذا الأخير أو القانون الأكثر قربا la loi la plus proche[1].

* القانون الإيطالي رقم 218 الصادر بتاريخ 32 مارس 1995 المتعلق بإصلاح النظام الإيطالي للقانون الدولي الخاص والذي نص في الفصل 31 منه على أن: " يطبق على الطلاق أو الانفصال الشخصي قانون الزوجين المشترك أو قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامتهما وإذا لم يسع تطبيق قانون أجنبي عليهما يطبق على الطلاق أو الانفصال الشخصي القانون الإيطالي"[2].

فهذه المادة بالإضافة إلى أنها جعلت من القانون الإيطالي ضابط احتياطي يطبقه القاضي على جميع العلاقات الدولية الخاصة، فإنها أعطت للقاضي الإيطالي حرية الاختيار بين القانون الوطني المشترك للزوجين وقانون الإقامة الاعتيادية، ولاشك أن القاضي المعروض عليه النزاع سيطبق قانونه بصفة مباشرة باعتباره قانون الإقامة الاعتيادية لطالبي الطلاق دون البحث في قانونهما الوطني.

* القانون الألماني الذي نص بمقتضى التعديل الذي وقع عليه خلال سنة 1986 في الفصل 14 منه على أنه: " في حالة اختلاف الجنسية بين الزوجين يطبق قانون الدولة التي توجد بها إقامتهما الاعتيادية أو كان لهما بها آخر إقامة"[3].

فهذه المادة بدورها حصرت إمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي على الحالة التي يكون فيها الزوجين معا يحملان الجنسية المغربية دون غيرها.

هذا ويبقى أهم تعديل عرفه تطور ضوابط الإسناد في اتجاه الأخذ بضابط الموطن هو ذلك الذي دشنه القانون المدني الفرنسي بموجب تعديل سنة 1975 حيث أصبح الفصل 310 من القانون المدني الفرنسي ينص في فقرته الثانية على : " خضوع الطلاق أو الانفصال

[1]- نفس المرجع: ص 40.
[2] - tito Ballarino : personnes, famille. Régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé Italien, RCDIP N°1 / 1996p30
[3]- موحى ولحسن ميموني: مرجع سابق ص 108.

الجسماني للقانون الفرنسي عندما يكون موطن الزوجين داخل التراب الفرنسي بغض النظر عن جنسيتهما"[1].

فهذه المادة تتضمن مصادرة صريحة للقانون الوطني للزوجين المغربيين المقيمان بفرنسا على اعتبار أن طلاقهم سيخضع حتما للقانون الفرنسي؛ وهو الأمر الذي تنبهت إليه الاتفاقية المغربية الفرنسية ل 10 غشت 1981 في مادتها 11 والتي نصت على أنه: إذا كان الزوجان من جنسية واحدة لإحدى الدولتين فيمكن لمحاكم هذه الدولة أن تكون أيضا مختصة أيا كان موطن الزوجين" وهو ما يعني أن الاختصاص سيعود للقانون المغربي حتى ولو كان الزوجان مقيمان معا بفرنسا لكن شريطة عرض النزاع على المحاكم المغربية لأن استعمال هذه المادة عبارة " أيضا" معناه أن النزاع قد يعرض أيضا على المحاكم الفرنسية وفي هذه الحالة فإن هذه الأخيرة لاشك ستطبق القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي.

ومن جهة أخرى فإن الأخذ بضابط الموطن أو الإقامة الاعتيادية لم يقتصر على الأنظمة القانونية؛ بل إن العمل القضائي جاء ليؤكد ما ذهب إليه التشريع في الأخذ بضابط الموطن كعنصر جديد لحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي وهو ما يمكن أن نستدل عليه من خلال بعض الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع.

وهكذا ففي قرار صادر بتاريخ 17 ماي 1993 رفضت محكمة النقض الفرنسية قبول الاعتراف بطلاق واقع بالمغرب معتبرة أن نكاح الزوجين المغربيين اللذين إكتسبا الجنسية الفرنسية واستقرا في فرنسا لا يجوز أن ينحل إلا وفق القانون الفرنسي[2].

فمن خلال هذا الحكم يتضح أن محكمة النقض الفرنسية استندت في رفض تطبيقها للقانون المغربي بالإضافة إلى استقرار الزوجين بفرنسا إلى ما أصبح يسمى في القانون الدولي الخاص بالجنسية الفعلية والتي جاءت لتدعم فكرة الموطن على اعتبار أن المغربي الذي يستقر في أوربا ويحصل على جنسية البلد الذي يقيم فيه يكون قد اندمج في هذا

[1] - selim jahel : la lente acculturation du droit magrébin de la famille dans l'espace juridique français, RIDC N°1 / 1994 p 33.

[2] - cass civ 17/05/ 1993 JDI N°1 Année 1994 pp 115 – 124.

المجتمع وأصبح يشكل جزءا من كيانه، الأمر الذي يبرر خضوعه لقانونه شأنه شأن باقي المواطنين.

وفي نفس السياق فقد أتيح للقضاء الهولندي فرصة تطبيق قانون الإقامة الاعتيادية أو الموطن على حساب القانون الوطني وذلك استنادا إلى معيار الجنسية الفعلية كما هو الشأن في الحكم الصادر عن محكمة Bois le Duc بتاريخ 30 غشت 1991 والذي قضى بترجيح الجنسية الهولندية كجنسية فعلية للزوجة المغربية وبالتالي تطبيق القانون الهولندي على طلب التطليق المقدم من طرفها وذلك استنادا على معطيات واعتبارات ترجحت لدى القاضي الهولندي تتعلق بعدم وجود رابطة اجتماعية حقيقية للزوجة بدولتها، ومن هذه المعطيات الإقامة الطويلة للزوجة بهولندا ورغبتها في الاستمرار بالتواجد بهولندا من خلال اكتسابها الجنسية الهولندية بناءا على طلبهما[1].

بل الأكثر من هذا فإن القانون الهولندي يخول للقاضي اختصاص النظر في طلب التطليق الذي يتقدم به أحد الزوجين أو كلاهما أمامه وذلك بمجرد أن يكون احد الزوجين مقيما بهولندا منذ 12 شهرا أو أن يكون مواطنا هولنديا منذ 6 أشهر، وذلك بموجب تعديل المادة 814 من قانون المسطرة المدنية الهولندي بمقتضى قانون فاتح يناير 1993[2]؛ وهو الأمر الذي عمل القضاء الهولندي على تكريسه في العديد من المناسبات كما هو الشأن في الحكم الصادر عن ابتدائية دنبوش بتاريخ 16 فبراير 2001 والذي ذهبت فيه إلى تطبيق القانون الهولندي باعتباره قانون الموطن في دعوى طلاق بين زوج مصري وزوجته المغربية وذلك استنادا لكون الزوج يحمل بالإضافة إلى الجنسية المصرية الجنسية الهولندية؛ وأنه حين تقديمه لطب الطلاق كان مقيما بهولندا لمدة تزيد على ستة أشهر[3].

من خلال ما سبق يتضح أن ضابط الموطن أو الإقامة الاعتيادية كما درج البعض على تسميته[4] أصبح يشكل المرتكز والأساس الذي تعتمد عليه معظم الدول الأوربية من أجل

---

[1]- وكانت هذه القضية تتعلق برابطة عائلية بين زوجين مغربيين تتلخص وقائعها في تقديم طلب التطليق من طرف زوجة مغربية حصلت على الجنسية الهولندية ضد زوجها الذي غادر هولندا وعاد إلى المغرب رفقة الأطفال حيث رفعت الزوجة طلب الطلاق أمام القضاء الهولندي. الحكم أوردته جميلة أحيدة، ، نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة، مرجع سابق ص 72.

[2]- جميلة أحيدة: نفس المرجع: ص 52.

[3]- الحكم صادر في قضية عدد 279 - 01 FARK / 61701 عن ابتدائية دنبوش الهولندية بتاريخ 16 فبراير 2001 وقد حصلت على نسخة من ترجمته بالمحكمة الابتدائية بفاس.

[4]- خصوصا بعد تنصيص المادة الخامسة من الاتفاقية الدولية لحل التنازع بين القانون الوطني وقانون الموطن الصادرة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بتاريخ 15 يوليوز 1955 على مفهوم موسع لضابط الموطن حيث تعتبره كل إقامة اعتيادية للأطراف؛ وذلك باستعمالها مصطلح

فرض قوانينها الداخلية على جميع الوضعيات والروابط المتعلقة بالأحوال الشخصية ذات العلاقة المباشرة بإقليمها أو مجتمعها لدرجة أصبح معها الموطن مقترنا بمفهوم الإقليمية، أي أن كل من يوجد فوق التراب الأوربي بغض النظر عن جنسيته يجب أن يخضع في أحواله الشخصية لقانون الدولة التي يقيم فيها؛ الأمر الذي سيكون له بدون شك انعكاس على وحدة النظام القانوني للأسرة المغربية بالمهجر والذي أصبحت تتجاذبه قوانين مختلفة.

الفقرة الثانية: أثر التطبيق السلبي لضابط الموطن على الوضعية الأسرية للجالية المغربية.

إذا كان استحداث ضابط الموطن قد جاء بالدرجة الأولى للاستجابة لسياسة الإدماج التي تهدف إليها دولة الإقامة والرامية إلى استمالة وتشجيع الجاليات الأجنبية وتطويعها للانصهار بشكل تام في النسيج المجتمعي الأوربي وذلك على اعتبار أن ضابط الموطن أو الإقامة الاعتيادية غالبا ما يتوافق مع قانون القاضي الأوربي كنتيجة للإقامة الاعتيادية للمهاجر المسلم بالديار الأوربية، فإنه بالمقابل قد انعكس سلبا على الوضعية القانونية الأسرية للجالية المغربية التي قد تجد في تطبيقه التلقائي على روابطها الأسرية تهميشا لقانونها الوطني الذي تمثله مدونة الأسرة.

فالتقابل العكسي لضوابط الإسناد بين القانون المغربي الذي يعتمد ضابط الجنسية أو العقيدة؛ والقوانين الأوربية التي قلصت من نطاق ضابط الجنسية واستبدلته بضابط الموطن أو الإقامة الاعتيادية قد نتج عنه بالدرجة الأولى نقل الاختصاصات المفترضة للقانون المغربي إلى قوانين الدول المحتضنة للمهاجرين المغاربة؛ الأمر الذي قد يسبب بعض المشاكل للجالية المغربية عند عودتها إلى أرض الوطن على اعتبار أن تطبيق القوانين الأوربية على الأحوال الشخصية للمغاربة بالمهجر استنادا إلى قواعد الإسناد المحلية غالبا ما تنتج عنه حلول قضائية مخالفة للقانون المغربي.

ولاشك أن النتيجة الحتمية لذلك هو بقاء تلك الأحكام الأجنبية الصادرة في قضايا الأسرة المغربية بالمهجر استنادا لضابط الموطن بدون تنفيذ بالمغرب على أساس مخالفتها للنظام العام؛ ونفس الشيء بالنسبة للأحكام الصادرة بالمغرب استنادا لضابط الجنسية والتي

résidence habituelle للدلالة على الموطن، وهو الأمر الذي من شانه أن يبعد كل مواطن مغربي عن قانون أحواله الشخصية بمجرد الإقامة بالديار الأوربية.

سيتم رفضها ببلد الإقامة استنادا لكونها لا تراعي خصوصيات بلد الاستقبال مع ما يعنيه ذلك من بقاء وضعية المهاجرين المغاربة قانونية في دولته وغير معترف بها في دولة إقامته[1]. ولنأخذ على سبيل المثال مؤسستي الزواج والطلاق كنموذج لإبراز حجم هذه المعاناة:

فبالنسبة للزواج فإذا تم بالمغرب فلا إشكال، حيث تكون الوضعية القانونية للجالية المغربية وبالأخص المرأة محمية نسبيا حيث لا يتم إبرام العقد إلا إذا أعلن الأجنبي إسلامه ما لم يكن مسلما وتم الإشهاد عليه وفق الشروط المقررة في المادة 65 من مدونة الأسرة [2] والمنشور الوزيري رقم 854 بتاريخ 17 ماي 1979 بشأن زواج معتنقي الإسلام [3]، ولكن عندما يتم الزواج في الخارج وخاصة في أوربا بطريقة مبدئية قبل إشهار الرجل الأجنبي إسلامه، فإن هذا الزواج إن كان يعتبر صحيحا بالنسبة للقانون الأجنبي فهو باطل بالنسبة للقانون والقضاء المغربيين – المادة 57 من مدونة الأسرة[4] - الذي يعتبر أن الإسلام الاحق للزوج لا يضفي الشرعية على الارتباط السابق، وتزداد حدة المسألة في حالة ولادة طفل أو أكثر حيث يعتبرون أولاد زنى في نظر القانون المغربي.

أما بالنسبة للطلاق فإن عدم اعتراف المحاكم الأوربية بالطلاق الواقع بالمغرب استنادا لضابط الجنسية لكونه يكرس انعدام المساواة بين الرجل والمرأة حسب المفهوم المعطى لها في قانون الموطن [5] قد يخلق للزوج المغربي المسلم بل وللأسرة المغربية بالمهجر وضعية شديدة الغرابة تتعلق أساسا باعتبار الزوجين في نظر المحاكم والسلطات الأجنبية وكأنهما لا يزالان مرتبطان برابطة زواج، بحيث يظل الزوج المغربي المسلم ملتزما بالانفاق على المرأة التي طلقها طبقا لقانون جنسيتة وعلى القيام نحوها بكل الواجبات التي تفرضها عليه الرابطة الزوجية القائمة المستمرة وإلا كان عرضة لمختلف

---

[1] - وفي هذا الإطار يقول الأستاذ بيليه: " من غير المنطقي والمعقول أن يفقد الشخص صفة الزوج أو الأب أو الابن بمجرد انتقاله عبر الحدود من منطقة إلى أخرى" انظر:.
- pieere Mayer : « Droit international privé » 4eme Edition, paris 1991 ; p : 17.

[2]- تنص هذه المادة على ضرورة الحصول على إذن بالزواج فيما يخص معتنقي الإسلام، وهذا الإذن لا يمكن الحصول عليه إلا إذا قدم المعني بالأمر نسخة طبق الأصل من عقد اعتناقه الإسلام.

[3]- حيث يجب طبقا لهذا المنشور على من يريد الزواج من مغربية مسلمة إذا كان غير مسلم أن يعلن عن إسلامه عن طريق الشهادتين امام الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف، انظر : الحسين بنحساين: " أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي" ، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون العدد 5 ماي 2002 ص 106.

[4]- تنص هذه المادة على أنه إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 ومنها بالطبع منع زواج المسلمة بغير المسلم فإن الزواج يكون باطلا ومعنى ذلك أنه لا يرتب أي أثر قانوني.

[5]- والذي يستمد مفهوم المساواة بين الزوجين في انحلال العلاقة الزوجية من المادة الخامسة من البروتوكول الإضافي رقم 7 المؤرخ في 22 نونبر 1984 الملحق بالاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

الجزاءات المدنية والجنائية التي قد تسارع السلطات الأجنبية في إيقاعها عليه؛ وفي طليعتها تلك المتعلقة بإهمال الأسرة وإبلاغ الشرطة الدولية – الأنتربول – في حالة ما إذا غادر محل إقامته عائدا إلى بلده الأصلي [1]، بحيث يصبح الزوج المغربي مهددا ليس فقط في وضعيته العائلية مادام أن قانون الموطن يعتبره لازال زوجا؛ بل وفي حريته في العودة إلى وطنه ما لم يؤدي المستحقات المترتبة عليه اتجاه من لازالت تعتبر زوجته طبقا لقانون الإقامة. يضاف إلى ذلك أنه إذا توفي أحد الزوجين في هذه الوضعية؛ فإن الطرف الآخر يعتبر وارثا في بلد؛ وفي بلد آخر غير وارث لأنه يعتبر قد انفصل عن المتوفى بموجب الحكم القاضي بالطلاق.

وبارتباط كذلك بمسألة الطلاق يثار مشكل الحضانة وحق الزيارة؛ حيث أنه في العديد من الحالات التي يرفض فيها تذييل الحكم الصادر عن قضاء إحدى الدولتين غالبا ما يلجأ أحد الوالدين إلى أخذ الطفل أو أطفاله خارج حدود البلد الذي يتواجد فيها الطرف الأخر أو يعود به إلى بلده دون علم الطرف الآخر مع ما يترتب على ذلك من حرمان الطفل من حقه في صلة الرحم وزيارة أحد الأبوين.

ومن جهة أخرى فإن التطبيق السلبي لضابط الموطن على الجالية المغربية قد لا يأخذ بعين الاعتبار حماية الطرف الضعيف في العلاقة الأسرية وخاصة الطفل، ولعل ما دفعنا إلى هذا القول هو ما ينص عليه القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 27 أبريل 1987 من تطبيق القانون البلجيكي أو قانون المتبني على التبني عندما يكون سن الطفل المتبنى أقل من 15 سنة[2]. فهذا القانون بالإضافة إلى ما قد يخلقه إشكالات لهذا الطفل في بلد المنشأ، فإنه لا يأخذ رضى الطفل أو رضى وليه القانوني بعين الاعتبار عند تقرير التبني، ونفس الشيء نسجله بالنسبة للقانون الألماني الذي يخضع التبني لقانون الموطن دون أي اعتبار للقانون الوطني للطفل [3].

ومجمل القول فإن عدم وحدة النظام القانوني للأسرة المغربية بالمهجر والذي ينجم عن تبني ضابط الموطن من طرف الدول المستقبلة للهجرة يفرض كما ذهب إلى ذلك الفقيه

---

[1]- أحمد زوكاغي: ط حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة في 10 غشت 1981"، مجلة المناهج العدد 2 السنة 2002، ص 63.
[2]- عبد الرزاق مولاي رشيد: " العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي"، مرجع سابق ص 110.
[3]- وذلك بمقتضى المادة 22 من القانون الألماني الصادر سنة 1989: انظر هشام أصنيب: مرجع سابق، ص 58

الفرنسي إيف لوكيت على المواطن المغربي المقيم بالخارج إن أراد أن يجعل تصرفاته القانونية في ميدان الأحوال الشخصية صحيحة سواء في نظر القانون المغربي أو قانون الدولة التي يقيم بها إلى الظهور بمظهرين من خلال القيام بإجراء التصرف مرتين، أو التصرف انطلاقا مما تمليه مصالحهم المباشرة ودون اهتمام بهوية المجتمع الذي يعيشون فيه مادام أنهم لا يعملون إلا على الاستفادة في نفس الوقت من التسهيلات التي يخولها لهم انتماءهم المزدوج[1].

إن هذه الحالة التي آلت إليها الأوضاع القانونية والاجتماعية للأسرة المغربية المقيمة في الدول التي تأخذ بضابط الموطن كعنصر ارتباط في تحديد القانون الواجب التطبيق يدفعنا إلى التساؤل عن وضعية هاته الأسرة، أو بالأحرى وضعية القانون الوطني المنظم لروابطها الأسرية في الدول التي تأخذ بالإرادة والمصلحة الفضلى للطفل كعناصر إسناد في مجال الأحوال الشخصية؟.

المطلب الثاني: اقتحام ضابط الإرادة والمصلحة الفضلى للطفل للروابط الأسرية عبر الوطنية.

أمام حدة الانتقادات الموجهة لكل من ضابطي الجنسية والموطن في حل المشاكل الأسرية للجالية المغربية ومن أجل تحقيق نوع من المساواة بين النظامين العقائدي والائيكي في حكم الأحوال الشخصية للجالية الأجنبية عموما والمغربية بصفة خاصة؛ لجأت معظم الدول الأوربية المستقبلة للجالية المغربية إلى اعتماد ضابط الإرادة كمعيار حاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للأفراد – **الفقرة الأولى-**

ومن جهة أخرى واقتناعا من هذه الدول بعدم جدوى مراجعة القوانين ذات المصدر الإسلامي ومنها القانون المغربي للأحوال الشخصية في اتجاه الأخذ ببعض المؤسسات الأسرية الغربية سيما ما يتعلق منها بالتبني والمساواة في البنوة دفع هذه الدول إلى ابتكار تقنية جديدة لفض تنازع القوانين، ويتعلق الأمر أساسا بضابط المصلحة الفضلى للطفل

[1]- إيف لوكيت المقترب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات. ترجمة أحمد زوكاغي، مجلة الملحق القضائي العدد 28 / 1994، ص 118.

الذي أضحى يشكل عنصر الإسناد الرئيسي في كل نزاع يهم الطفل سواء في نسبه أو حضانته أو نفقته...الخ – **الفقرة الثانية**-.

الفقرة الأولى: ضابط الإرادة وإمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي.

من أجل حل وسط وتوفيقي بين القانون الوطني المحافظ على ثقافة البلد الأصلي للمهاجر والذي يتناقض في معظمه مع النظام العام الأوربي، وبين قانون الإقامة الاعتيادية ذهب بعض الفقه الأوربي وعلى رأسهم الفقيه البلجيكي Jean yves carlier إلى ابتكار ضابط الإرادة كحل للمشاكل المتعلقة بالأحوال الشخصية للجالية المسلمة بأوربا ومنها بطبيعة الحال الجالية المغربية.

ويسمح هذا الاقتراح – أي معيار سلطان الإرادة – للأطراف المعنية بحق التقرير في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية؛ الأمر الذي من شأنه مراعاة مصالح الجالية المغربية المقيمة بأوربا، إذ يأخذ بالاعتبار رأي هذه الأخيرة مباشرة في قاعدة التنازع التي تحكم روابطها العائلية وذلك بتخويل الأطراف المعنية الحق في اختيار إما قانونهم الوطني أو قانون إقامتهم الاعتيادية كقانون واجب التطبيق على أحوالهم الشخصية.

عموما فإن هذا الاقتراح بتطبيق نظرية سلطان الإرادة في مادة الأحوال الشخصية ليس بالمبدأ الجديد في المجال الفقهي والقضائي والتشريعي، فقد تمت مقاربته سنة 1966 من قبل الأستاذ overbeck[1]، وفي سنة 1975من قبل الأستاذة كاترين لابروس أمام اللجنة الفرنسية للقانون الدولي الخاص حيث نادت بإمكانية استعمال سلطان الإرادة كقاعدة إسناد في مادة الأحوال الشخصية وذلك في مواجهة ظاهرة الهجرة[2].

بل إن ضابط الإرادة يجد أساسه في العديد من الاتفاقيات الدولية كما هو الشأن بالنسبة للمادة 11 من اتفاقية لاهاي ل 1 غشت 1989 المتعلقة بالقانون المطبق على

---

[1]- وفي هولندا تم التعرض لمسألة سلطان الإرادة في كتاب جماعي تحت إشراف الأستاذ هانس أولريكس أوليفيرا، كما طرحت هذه الفكرة في دورة القاهرة للقانون الدولي الخاص لسنة 1987، ونودي أيضا بسلطان الإرادة كحل لتنظيم الروابط الدولية الخاصة التي تجمع الأنظمة العلمانية والأنظمة الدينية من طرف الأستاذ pierre ganage ..... انظر: هشام أصنيب، مرجع سابق ص 11.

[2]- هشام أصنيب: نفس المرجع ص 11 نقلا عن:

- Catherine labrusse Rian : la compétence et l’application des lois Nationales face au phénomène de l’immigration à l’étranger : travaux du comitié française de DIP . CNRS 1975 – 1997 p 111.

الميراث بسبب الوفاة والتي تنص على إعطاء الإمكانية للأطراف المعنية للاختيار بين قانون الجنسية أو قانون الإقامة الاعتيادية في كل ما يتعلق بالصحة الجوهرية للتصرفات الإرثية وكذا آثارها[1]، وكذا المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والتي تنص: " على أن لكل فرد الحق في احترام حياته الخاصة والعائلية" حيث يمكن للزوجين إيراد شروط في عقد الزواج تتعلق بالعلاقات الشخصية وليس فقط بالعلاقات المالية [2]، وهو الأمر الذي كان له انعكاس على معظم القوانين الأوربية حيث سارعت معظم الدول المستقبلة للهجرة إلى الأخذ بضابط الإرادة في مجال الروابط الأسرية عبر الوطنية ويمكن أن نستدل على ذلك بالنماذج القانونية التالية:

* القانون المدني الإسباني الصادر بتاريخ 15 أكتوبر 1990 في مادة آثار الزواج والذي يخول لأحد الزوجين إمكانية الاختيار إما لصالح القانون الوطني أو قانون الإقامة الاعتيادية في حالة انعدام القانون الوطني المشترك[3].

* القانون الألماني الصادر بتاريخ 25 يوليوز 1986 في مادة آثار الزواج والذي يخول في الفصل 17 منه للأطراف إمكانية اختيار أحد قوانينهم الوطنية في حالة عدم وجود قانون وطني مشترك لهما، أو قانون إقامة اعتيادية مشترك [4]، مما يعني أن وجود هذا الأخير سيلغي إمكانية الاختيار المخولة للأطراف مادام أن قانون الإقامة الاعتيادية في حالة وجوده سيطبق عليهم تلقائيا ولعل في هذا تفضيل لقانون الإقامة على القانون الوطني للطرفين الذي تمثله مدونة الأسرة.

* القانون الهولندي الصادر بتاريخ 25 مارس 1981 والذي نص في الفصل الأول منه على تطبيق القانون الهولندي في مادة الطلاق والانفصال الجسماني وذلك في حالة اتفاق الأطراف على اختياره؛ أو في حالة المطالبة بتطبيقه من قبل أحد الأطراف وعدم معارضة الطرف الآخر في ذلك[5].

---

[1]- وفي هذا الإطار كذلك تنص الفقرة الأولى من الفصل 5 من نفس الاتفاقية على أنه " يمكن لشخص الموروث أن يحدد القانون المطبق على ميراثه بشرط أن تكون له جنسية الدولة المختارة أو يقيم بصفة اعتيادية لمدة لا تقل عن 5 سنوات في الدولة المختارة: انظر هشام أصنيب : مرجع سابق ص69.

[2] -Jean yves calier : « Autonomie de la volante et statut personnel » : op cit, p 16

[3]- عبد المنعم فلوس، مرجع سابق ص 125.

[4]- موحى ولحسن ميموني: مرجع سابق، ص 110.

[5]- جميلة احيدة: " نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة". مرجع سابق ص 107.

غير أنه يجب الإشارة إلى أن هذا القانون وإن كان يتضمن إمكانية الاختيار فإنه حصر هذا الاختيار على القانون الهولندي دون غيره.

ومن جهة أخرى فقد دأب القضاء ومنذ أمد بعيد على إعطاء سلطان الإرادة مكانة خاصة في مادة الأحوال الشخصية سواء بواسطة المبدأ القانوني الذي يترك للأفراد اختيار التمسك أو عدم التمسك بقاعدة الإسناد التي تعين قانون آخر غير قانون القاضي، أو من خلال مراعاة إرادة الأطراف المعنية في الاعتراف بالأحكام والقرارات القضائية الصادرة في مادة الأحوال الشخصية بالخارج [1] وهو ما يمكن التدليل عليه من خلال بعض الأحكام القضائية التالية:

- القرار الاستعجالي رقم 102 / 50 الصادر عن المحكمة الابتدائية ببروكسيل بتاريخ 15 فبراير 1991 والذي قضى لفائدة المدعى عليها بحضانة ولدها بناءا على القانون البلجيكي الذي اختاره الزوج[2].
- الحكم الصادر عن ابتدائية أو ترخيت الهولندية بتاريخ 26 مارس 2003، حيث تم اختيار القانون الهولندي من طرف الزوجة كقانون واجب التطبيق على الطلاق، وبالفعل تم تطبيقه وحصلت الزوجة على الطلاق طبقا له [3] رغم أن قواعد الإسناد الهولندي تسند الاختصاص في الطلاق لقانون الأسرة المغربي.
- الحكم الصادر عن ابتدائية أنفرس ببلجيكا بتاريخ 27 يونيو 2002 والقاضي بالطلاق بين زوجين مغربيين وفقا للقانون البلجيكي الذي وقع عليه الاختيار من طرف الزوجين[4].

من خلال هذه النماذج القضائية وغيرها يتضح أن اعتماد ضابط الإرادة في مجال الأحوال الشخصية من خلال إعطاء الأطراف حق اختيار القانون الذي يتولى القضاء حل النزاع وفقه لم يكن يسير إلا في اتجاه تحقيق سياسة الإدماج التي تنهجها اغلب الدول الأوربية في مقاربتها لظاهرة الهجرة، ذلك أنه إذا كان ضابط الإرادة يسعى إلى إعطاء الأفراد حرية

---

[1]- هشام أصنيب: مرجع سابق، ص 12.

[2]- القرار أورده: الحسين والقيد: مجموعة الاجتهادات القضائية في مادة القانون الدولي الخاص الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الثالثة، السنة 1994 ص 122.

[3]- حكم عدد 252479FARK 02/5542وقد حصلت على نسخة من ترجمته من المحكمة الابتدائية بالناظور

[4]- حكم 1183 / 00 صادر بتاريخ 27 – 06 – 2002 وقد حصلت على نسخة من ترجمته من المحكمة الابتدائية بالناظور.

الاختيار بين القانون الوطني وقانون دولة الإقامة الاعتيادية، فإن هذا الاختيار كحل بديل لم يكن في الواقع يسير إلا في اتجاه واحد وهو قانون الإقامة الاعتيادية والحال أن الاختيار الحقيقي لا يكون إلا بين أمرين اثنين وليس أمام أمر واحد؛ ولعل ما يوضح ذلك هو أن القضاء الأوربي في مقاربته لضابط الإرادة في الروابط الأسرية الدولية التي يكون أطرافها مغاربة لم يكن يتردد في الاستجابة بطريقة تلقائية لاختيارات الأطراف عندما تقع على قانون بلد الإقامة في حين أنه عندما يقع اختيار الأطراف على القانون الوطني أي مدونة الأسرة كقانون واجب التطبيق عليهم؛ فإن النظام العام لبلد الإقامة قد لا يتردد في التدخل لاستبعاد تطبيق هذا القانون على الروابط الأسرية للجالية المغربية المقيمة بأوربا؛ بل الأكثر من هذا وحتى في حالة انعدام الاختيار فإن بعض الأنظمة القانونية الأوربية تسير في اتجاه اعتبار قانون الإقامة الاعتيادية هو القانون الواجب التطبيق كما هو الشأن بالنسبة للفقرة الرابعة من الفصل الأول من القانون الهولندي السابق الذكر والتي تنص على أنه: " في جميع الأحوال وبغض النظر عن الفقرات السابقة فإن القانون الهولندي يكون هو الواجب التطبيق حتى في الحالة التي لم يمارس فيها الأطراف الاختيار " مما يعني أن قانون الإقامة الاعتيادية أصبح هو الأصل.

يضاف إلى ذلك أن اعتماد ضابط الإرادة في مجال الأحوال الشخصية لا يأخذ بعين الاعتبار كون الغالبية العظمى من المهاجرين المغاربة إن لم نقل كلهم يفكرون دائما في العودة إلى أوطانهم ويعتبرون إقامتهم بأوربا إقامة مؤقتة وعابرة [1]، لذلك فإن اختيارهم لقانون الإقامة الاعتيادية ذو الصبغة العلمانية قد لا يؤخذ بعين الاعتبار في بلدانهم الأصلية ولن يعترف بالحقوق المترتبة عليه من طرف محاكم هذه الأخيرة [2] سيما عندما يتعلق الأمر ببعض المؤسسات الأسرية التي لا يمكن لقانون الأسرة المغربي مهما بلغت التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه أن يقبل التنازل عنها كما هو الشأن بالنسبة للمساواة في الإرث والموانع الدينية في الزواج؛ ومن جهة أخرى فإن حق الاختيار هذا قد يجعل هوية المهاجر

[1]- ذلك أن فرضية العودة المحتملة للجالية المسلمة ومنها المغربية لوطنها الأصلي لا تنطلق من الفراغ بل تستند لعدة اعتبارات منها ما يتعلق بتنامي التيارات اليمينية المتطرفة المعادية للمهاجرين من خلال ربط الإرهاب بالإسلام وما يؤدي إليه ذلك من تنامي المعاداة للمهاجرين المسلمين، ومنها ما يتعلق بالسياسة التي أصبحت تتخذها بعض الدول الأوربية في اتجاه التقليص من الهجرة وكذا التشجيع على عودة المهاجرين لوطنهم الأصلي كما هو الشأن بالنسبة للقانون البلجيكي الصادر بتاريخ 22 يناير 1985 والذي يعمل على تقديم منحة لكل من يقدم على العودة إلى وطنه الأصلي....الخ.

[2]- خالد برجاوي: إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب – وضعية المرأة نموذجا- دكتوراه في الحقوق؛ جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق السويسي الرباط السنة 1999/ 2000، ص256.

المغربي عرضة للتهديد على اعتبار أن منح أطراف الروابط الأسرية عبر الوطنية إمكانية الاختيار معناه وضع مؤسسة تشكل خزانا مهما للهوية تحت تصرف الأطراف يقررون فيها حسب أهوائهم ووفقا لما تقتضيه مصالحهم.

من هذا المنطلق يمكن القول أن ضابط الإرادة لا يمكنه أن يحقق الأهداف المتوخاة منه سيما ما يتعلق منها بتحقيق نوع من المساواة بين القوانين الأصلية للمهاجرين وقوانين بلدان إقامتهم إلا من خلال التقليص من اعتماد ضابط الإقامة الاعتيادية وإعطاء الأفراد إمكانية المفاضلة بين القانون الوطني وقانون الإقامة الاعتيادية وذلك عن طريق التخفيف من حدة الدفع بالنظام العام عندما يقع الاختيار على القانون الوطني، ولما لا الدفع بالجالية المغربية إلى استغلال تقنية ضابط الإرادة في اتجاه التمسك بتطبيق قانونها الوطني مادام انه أصبح يستجيب نسبيا لمعايير النموذج الأممي لحقوق الإنسان الذي كانت تستند إليه الأنظمة الغربية في استبعاده.

الفقرة الثانية: ضابط المصلحة الفضلى للطفل وأثره على تطبيق القانون الوطني.

لقد استطاع القضاء الأوربي أن يجعل من المصلحة الفضلى للطفل ضابطا يقفز على مختلف الاعتبارات القانونية الوطنية، إذ أنه عندما يتعلق الأمر بنزاع يهم الطفل فإن الاختصاص يمكن أن يسحب من قانونه الوطني لقانون القاضي إذا كان هذا القانون هو القانون الأصلح للطفل؛ ومعنى هذا أنه إذا كان القانون الوطني للطفل يوفر له حماية كافية أمكن تطبيقه؛ أما إذا تبين أن هذا القانون يخل بمصلحة الطفل، فإنه يعوض تلقائيا بقانون موطن الطفل أو قانون القاضي[1].

وضابط المصلحة الفضلى هذا يجد تبريره في العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والتي نصت في الفقرة الأولى من فصلها الثالث على أنه: " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية يولى الاعتبار الأول مصالح الطفل الفضلى".

[1]- موحى ولحسن ميموني: مرجع سابق، ص 111.

فهذه المادة وغيرها من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل سيما الاتفاقية الدولية المتعلقة بحماية القاصرين الصادرة بتاريخ 1961 والتي نصت في فصلها الأول على أن: " السلطات القضائية والإدارية لدولة الإقامة الاعتيادية للقاصر مع مراعاة مقتضيات الفصول 3 و 4 و 5 من هذه الاتفاقية تكون مختصة لاتخاذ إجراءات حمائية لشخص القاصر وأمواله" وجد فيها القضاء الأوربي المتنفس والأساس المعتمد عليه في مصادرة القانون الوطني للطفل خصوصا عندما يتعلق الأمر ببعض المؤسسات الأسرية المجهولة في هذا الأخير كما هو الشأن بالنسبة لمؤسسة التبني والمساواة في البنوة والتي أضحت تشكل ميدانا خصبا لإعمال ضابط المصلحة الفضلى للطفل.

وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 فبراير 1993 إلى:" أن القانون الأجنبي الذي يحرم مؤسسة البنوة الطبيعية مبدئيا ليس معارضا لمفهوم النظام العام الفرنسي ولكن حرمان الطفل الذي له ارتباط بفرنسا من الرعاية الأسرية هو الذي يعارض النظام العام الفرنسي"[1].

فرغم أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن القانون المغربي الذي لا يعترف بالنبوة الطبيعية لا يتعارض مع النظام العام؛ فإنها استندت في رفض تطبيقه على معيار المصلحة الفضلى للطفل معتبرة أن من مصلحة الطفل غير الشرعي ضرورة تمتعه بالرعاية الأسرية التي يوفرها له القانون الفرنسي إسوة بغيره من الأطفال.

ونفس الشيء نسجله بالنسبة للقرار الصادر عن استئنافية ليون بتاريخ 12 دجنبر 2000 والذي رفض تطبيق القانون المغربي بعلة أن هذا الأخير يعارض المصلحة الفضلى للطفل غير الشرعي مادام أنه يحرمه من حقه في الاستفادة من نسبة للأب [2]؛ بل إن المحاكم الفرنسية ذهبت استنادا على معيار المصلحة الفضلى للطفل إلى حد المساواة بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي في الإرث كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر بتاريخ 22 دجنبر 2004[3].

---

[1]- القرار. أورده هشام أصنيب مرجع سابق، ص 44.

[2]- وفي نفس الإطار نشير إلى الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 يناير 1979 والذي جاء فيه: " إن إسناد الحضانة بعد الطلاق اعتمادا على معايير محددة مسبقا وبشكل مبدئي، وليس انطلاقا من معايير موضوعية تخدم مصلحة الطفل يعد مخالفا للنظام العام الفرنسي"،
انظر: cass civ 30 janvier 1979 RCDIP N°4/1979, p629

[3]- قرار صادر بتاريخ 22 دجنبر 2004 منشور بالموقع التالي:
http:// www.echr.coe.int/fr/

غير أنه وفي مقابل هذا الاتجاه ذهبت إحدى المحاكم الهولندية HAAS في قرار لها صادر بتاريخ 13 يناير 2004 واستنادا كذلك إلى ضابط المصلحة الفضلى للطفل إلى رفض الاعتراف بالأبوة الطبيعية لطفل غير شرعي معتمدة على كون هذا الطفل لم يسعى إلى الاندماج في عائلة أبيه لتحقيق الحياة العائلية أو الأسرية كما هي منصوص عليها في المواد 8 و 14 من القانون الهولندي هذا فضلا على أنه لم يحصل على تصريح بيروته لأبيه المتوفى"[1].

فمن خلال هذين الموقفين يتضح أن مفهوم المصلحة الفضلى للطفل يظل مفهوما نسبيا وغير محدد المعالم؛ فلكل أن ينظر لهذه المصلحة من وجهة نظره هو وبالاستناد على قناعاته؛ فبينما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن من مصلحة الطفل غير الشرعي ضرورة الاعتراف ببنوته لأبيه؛ أعتبر القضاء الهولندي أن هذا الاعتراف لا ينبغي أن يكون اعتباطيا دون البحث فيما إذا كان هذا الاعتراف من شانه أن يخدم مصلحة الطفل في جو أسري سليم أم لا.

عموما وبغض النظر عن الموقف المتخذ بخصوص البنوة الطبيعية [2]؛ فإن القرارات والأحكام القضائية الأجنبية المؤسسة لهذه الأخيرة أو لبعض الحقوق الناشئة عنها سيما ما يتعلق منها بحق الطفل الطبيعي في النفقة والإرث قد لا يعترف بها في المغرب لأن النظام العام المغربي سيتدخل لرفض كل حكم أجنبي صادر في هذا الصدد.

لذلك ولتجاوز بعض هذه المشاكل فإن الأمل يبقى معقودا على القضاء المغربي الذي يتعين عليه التخفيف من حدة الدفع بالنظام العام [3]خصوصا عندما يتعلق الأمر بالأحكام القضائية القاضية بالنفقة للابن الطبيعي؛ إذ يمكن في هذه الحالة الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية بناءا على الفصلين 77 و 78 من قانون الالتزامات والعقود واعتبار الحكم بالنفقة الصادر عن القضاء الأجنبي بمثابة تعويض عن الضرر الذي أحدثه الأب

---

[1]- قرار صادر بتاريخ 13 يناير 2004 صادر عن محكمة هولندية HAAS وارد بالموقع التالي:
- http//www.echr.coe.int/fr/.

[2]- لابد من الإشارة هنا إلى أن الاتجاه العام السائد في أوربا يسير في اتجاه الاعتراف بالبنوة الطبيعية بغض النظر عن القانون الوطني للطفل أي سواء كان يعترف بهذه المؤسسة أم لا، وهو الأمر الذي عملت المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان على مناصرته \في العديد من قراراتها.

[3]- خصوصا بعد التعديلات التي أدخلت على مدونة الأحوال الشخصية في مادة النسب والتي تتسم بنوع من المرونة ومنها: افتراض شرعية البنوة إلى حين ثبوت العكس المادة 143 + الاعتراف بالنسب لحمل الخطيبة إذا تمت الخطوبة وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج ثم إعطاء الأطراف إمكانية تقديم دعوى ثبوت الزوجية ...الخ.

لأبنائه غير الشرعيين والناتج عن العلاقة غير الشرعية التي كانت تربطه بخليلته والتي ذهب ضحيتها الأبناء.

أما فيما يخص التبني كشكل من أشكال الرعاية البديلة للطفل فيمكن القول بأن القضاء الأوربي والفرنسي خاصة لم يستقر على موقف موحد فيما يخص تبني طفل يحرم قانونه الوطني هذه المؤسسة كما هو الشأن بالنسبة للقانون المغربي، فتارة يميل إلى رفض قبول التبني كما هو الشأن في القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ فاتح يونيو 1994 والذي منعت فيه تبني طفل مغربي من طرف زوجين فرنسيين على أساس أن العقود المنجزة في المغرب لا يمكن تفسيرها وإعطاؤها مفهوما يخالف القانون المغربي، فالطفل سلم للزوجين من أجل تربيته والاعتناء به ليس إلا، ولذلك لا يعتبر هذا التسليم قاطعا للعلاقة الدموية للطفل مع عائلته الأصلية[1]، وتارة أخرى يذهب على العكس من ذلك إلى قبول طلب تبني طفل مغربي رغم أن قانونه الوطني الذي تمثله مدونة الأسرة والتي تشير إليه قاعدة الإسناد الفرنسية يرفض الاعتراف بهذه المؤسسة كما هو الشأن في قرار Fanthou الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 ماي 1995 المتعلق بالطفل المغربي المزداد من أبوين مجهولين والذي تم تسليمه إلى زوجين فرنسيين من قبل مؤسسة لرعاية الطفولة بالرباط وحصلا على أمر من رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط يرخص لهما بكفالة هذا الطفل والسفر به إلى فرنسا؛ غير أن الزوجين الفرنسيين اللذين اعتنقا الإسلام بعد مغادرتهما للتراب المغربي قدما دعوى امام المحكمة الابتدائية بليموج من أجل الحصول على حكم يخول لهما تبني الطفل المذكور تبنيا مطلقا، وهو الأمر الذي رفضته هاته الأخيرة، لكن محكمة النقض الفرنسية نقضت هذا القرار وخولت للزوجين الحق في تبني الطفل[2].

فرغم التشابه بين القضيتين فإن موقف محكمة النقض الفرنسية لم يكن موحدا ولعل السبب في ذلك راجع بالدرجة الأولى إلى استحضار المصلحة الفضلى للطفل، والعمل على ترجيح ضابط الإسناد الأكثر ارتباطا بهذه المصلحة؛ ففي القرار الأول تمت مراعاة مصلحة

---

[1]- قرار أورده الأستاذ محمد ناصر متيوي مشكوري في مقاله: " الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي المقارن"، مقال منشور بمجلة: " للطفل حقوق" عدد مزدوج ¾، مجلة تصدر عن المرصد الوطني لحقوق الطفل العدد الأول 1999، ص 33.

[2]- القرار أوردته:

- Souhayma ben Achour : l’adoption d’enfant maghrébin en France ; Revue tunisienne de droit 1999ة p84.

الطفل في قانونه الوطني لا في قانون القاضي على اعتبار أن ارتباط الطفل بمحيطه الثقافي والاجتماعي يستلزم عدم قطع صلته بوسطه الطبيعي وهذا من شانه أن يزيد من مصلحته، أما في القرار الثاني – قرار Fanthou- فقد تم فهم مصلحة الطفل الفضلى من خلال الامتيازات التي يوفرها له بلد الإقامة من خلال الحكم بالتبني ليتم بذلك إعمال ضابط الموطن، بل إن القضاء الفرنسي وباسم المصلحة الفضلى للطفل ذهب إلى حد السماح بالحكم بتحويل الكفالة المعروفة في القانون المغربي إلى تبني عادي كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 دجنبر 1997 [1] مستندة في ذلك بالإضافة إلى المصلحة الفضلى للطفل على القاعدة العامة في أنظمة تنازع القوانين التي تعطي الصلاحية للقاضي من أجل تكييف مؤسسة أجنبية غير معروفة في نظامه القانوني وإدراجها في إحدى التقسيمات القانونية المعروفة في قانونه.

وقد استمر هذا الخلاف في العمل القضائي الفرنسي بين من يسمح بتحويل الكفالة إلى تبني سواء تام أو عادي [2]، وبين من يستبعد ذلك ويرجع كفة القانون الوطني للطفل المتبنى إلى حين صدور القانون رقم 111 بتاريخ 6 فبراير 2001 بشأن التبني الدولي والذي نص في فصله الثاني على أنه: " لا يجوز الحكم بتبني طفل أجنبي إذا كان قانونه الشخصي لا يسمح بذلك إلا إذا كان هذا الطفل مزداد ومقيم بصفة اعتيادية بفرنسا".

فمن خلال هذا الفصل يتضح أن القضاء الفرنسي لم يعد بإمكانه قبول طلب تبني طفل مغربي من طرف زوجين كيفما كانت جنسيتهما وهو ما يتضح من خلال القرار الصادر عن استئنافية باريس بتاريخ 27 أبريل 2000 والذي ذهبت فيه: " إلى أن التبني التام أو العادي غير ممكن في فرنسا إذا كان القانون الشخصي للطفل يجهل هاته المؤسسة [3]"، غير أنه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذا الفصل يمكن القول أن هذا الامتياز الذي أعطي للقانون الشخصي للطفل لم يصمد أمام الاستثناء الذي تضمنته الفقرة الثانية، حيث استثنت هذه الأخيرة الطفل المقيم بصفة اعتيادية بفرنسا من هذه المقتضيات حتى ولو كان قانونه

---

[1]- لقد جاء في هذا القرار أنه: " رغم كون الكفالة والتبني العادي ينتجان آثار مختلفة فإن المؤسستين معا لا تخولان حق النسب مما يسمح بإمكانية تحويلها إلى تبني عادي" انظر:

- cass civ 16 décembre 1997. RCDIP N°3/1998, p 433.

[2]- الفرق بينهما هو أن التبني العادي أو البسيط يتمثل في رعاية الطفل والتكفل به دون اعتباره بمثابة ابن أصلي حيث يبقى الابن المتبني تابعا لأسرته الأصلية ويحافظ على كل حقوقه فيها باستثناء السلطة الأبوية التي يمارسها المتبنى أما التبني التام أو المطلق فهو التبني الذي يمنح للطفل نسبا يفرقه عن نسبه الأصلي بحيث تنقطع علاقة الطفل بعائلته الأصلية باستثناء موانع الزواج التي تبقى قائمة.

[3]- القرار أورده : هشام أصنيب، مرجع سابق، ص 61.

الشخصي يجهل مؤسسة التبني، الأمر الذي قد يترتب عليه إمكانية تبني أطفال من أصول مغاربية مقيمين بصفة اعتيادية بفرنسا، هذا إضافة إلى أن هذا التعديل التشريعي ركز على ضابط الجنسية ولم يأخذ بعين الاعتبار الانتماء العقائدي لطالبي التبني ومن ثم فإن الزوجين الفرنسيين المسلمين يمكنهما تبني طفل يعترف قانونه بهاته المؤسسة رغم أن ديانة الأطراف تحرم ذلك[1].

عموما يمكن القول بأنه إذا كان الحكم بالتبني فيه مصلحة فضلى للطفل من وجهة نظر القضاء الأوربي، فإن هذه المصلحة ينبغي ألا تكون على حساب القانون الوطني للطفل الذي يرفض التبني، بل وعلى حساب بعض الاتفاقيات الدولية الصادرة في الموضوع وخاصة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989[2] والتي تنص في مادتها 8 على أن : " تتعهد الدول الأطراف بالحفاظ على هوية الطفل بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية"، ولاشك أن الحكم بالتبني فيه ضرب لهذه الحقوق على اعتبار أن التبني الكامل سيؤدي حتما إلى تغيير جنسية الطفل بدون إرادته أو إرادة وليه القانوني لأن الطفل عند تبنيه سيأخذ نسب الأسرة المتبنية ويندمج فيها كليا، كما أنه لتسهيل اندماجه سيتم بدون شك تغيير جنسيته واسمه، بل وقطع أية علاقة بينه وبين عائلته أو محيطه الأصلي[3].

لذلك يجب على القضاء الأجنبي أن يعي خطورة هذا المشكل لأن سعي المحاكم الأوربية إلى اعتبار التبني فيه مصلحة للطفل قد يتعذر في حالة عودة هذا الطفل إلى وطنه حيث سيتدخل النظام العام لحمايته من أي التزام تقرر في ذمته بموجب حكم هذا القضاء، وعليه يتعين على هذا القضاء عند تقريره لمصلحة الطفل ألا يستغني تماما عن مقتضيات القانون المغربي خاصة وأن هذا الأخير يتضمن مؤسستين باجتماعهما يمكن إلى حد ما تعويض الوظيفة التي تقوم بها مؤسسة التبني ويتعلق الأمر بمؤسسة التنزيل والكفالة، بل إن هذه الأخيرة فضلا على كونها توفر الرعاية البديلة للطفل كما تحث على ذلك مختلف

[1]- هشام أصنيب: نفس المرجع، ص 61.

[2]- ونفس الشيء بالنسبة لاتفاقية لاهاي المتعلقة بحماية الأطفال والتعاون في مجال التبني الدولي الصادرة بتاريخ 29 ماي 1993، إذ أن هذه الاتفاقية على الرغم من أنها جاءت لتنظيم التبني وتسهيل إندماج الطفل المتبنى في وسطه الجديد ولم تشر إلى الكفالة لا من قريب أو بعيد، الأمر الذي جعل الدول الإسلامية ترفض التوقيع عليها، فإنها نصت في مادتها الرابعة على أن تكون الموافقة على التبني من طرف الدولة التي ينتمي إليها الطفل وبالتالي يلزم أن تكون وفق قانونها، وعليه فإن الحكم بالتبني فيه مصادرة لهذه الاتفاقية التي صادقت عليها معظم الدول الأوربية لأنه لا يمكن للسلطات المغربية بأي حال من الأحوال أن تأذن بتبني طفل مغربي.

[3]- محمد ناصر متيوي مشكوري: " الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي المقارن"، مرجع سابق ص37.

الاتفاقيات الدولية، فإن من شأنها أن تضمن نوع من الاستمرارية في علاقة هذا الأخير – الطفل – مع أصله العرقي، الديني، الثقافي واللغوي.

ومن جهته يجب على القضاء المغربي بدوره ألا يتشدد في الدفع بالنظام العام ضمانا لمصلحة الطفل خاصة عندما يتعلق الأمر بالتبني العادي وذلك على اعتبار أن الطفل المتبنى تبنيا بسيطا كالطفل المكفول يتمتع برعاية وكفالة من تبناه ويحتفظ في نفس الوقت بنسبه الأصلي الذي قد يكون معروفا وقد يكون مجهولا كما في حالة اللقيط، ولاشك أن التبني بهذا المعنى ليس فيه ما يعارض النظام العام المغربي مادام أنه لا يقطع نسب الطفل.

يبدو إذن من خلال عرض قواعد التنازع في مادة الأحوال الشخصية أن سياسة إدماج المهاجرين تبقى مبدئيا هي هدف سياسة بلد الاستقبال والتي تسعى إلى إخضاع المغاربة المقيمين بالخارج إلى قانون الإقامة ما أمكن، وحتى وإن تم الاعتراف بالاختصاص للقانون الوطني للمهاجر فعلى الأقل سيتم استبعاد بعض مؤسساته وخاصة تلك التي تتعارض والمبادئ الأساسية للنظام القانوني والاجتماعي الأوربي إما باسم مبادئ المساواة بين الجنسين وحقوق الإنسان وهي مبادئ تسري على الصعيد الأوربي ككل؛ أو بسبب اختصاص القانون الأجنبي إما باعتباره قانون بلد الإقامة الاعتيادية أو قانون القاضي، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن الحلول البديلة من أجل ضمان احترام أفضل لتطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي؟

الفصل الثاني: نحو احترام أفضل لتطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي.

لقد اتضح جليا من خلال هذه الدراسة أن ما أدخل من تعديلات على مدونة الأحوال الشخصية والتي طالما نادى بها العديد من المهتمين بقضايا الجالية المغربية بالرغم من أهميتها في معالجة بعض المعضلات الأسرية التي كانت تعاني منها هذه الجالية، فإنها تبقى غير كافية من أجل ضمان التطبيق السليم لبنودها من طرف القضاء الأوربي من جهة نتيجة للحلول المتطرفة التي تنهجها أغلب الدول الأوربية عند صياغتها لقواعد الإسناد؛ ومن جهة أخرى نتيجة لاحتفاظ هذه التعديلات ببعض القواعد التقليدية المقررة في الفقه الإسلامي والتي تعطي للقضاء الأجنبي فرصة استبعادها.

لذلك ولتجاوز هذا الوضع الذي تتخبط فيه الأسرة المغربية بالمهجر في مجال أحوالها الأسرية ومن أجل تحقيق نوع من التوافق والانسجام بين النظام القانوني لدولة إقامة الجالية المغربية والنظام القانوني لبلدها الأصلي يذهب العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص إلى القول بتبني الطرح الاتفاقي – **المبحث الأول-**

غير أنه بالنظر لما أبانت عنه التجربة بخصوص الحلول الاتفاقية الحالية لدرجة أثير معها التساؤل حول مدى جدوى تبني الطرح الاتفاقي إذا كان سيعطل لسبب أو لآخر؛ وبالنظر كذلك إلى منطق التكتلات الذي بدأ يسود العلاقات الدولية؛ فإن الحاجة أصبحت ملحة اكثر من أي وقت مضى للتفكير في صياغة إطار جديد للحل الاتفاقي يسمح بتفادي أسباب التعطيل ودوافعه – **المبحث الثاني-**

المبحث الأول: تبني الطرح الاتفاقي.

أمام صعوبة التنسيق ما بين النظام القانوني المغربي والنظام القانوني الأوربي وما ترتب عنه من مشاكل على مستوى الروابط الأسرية للجالية المغربية، ومن أجل تلافي الآثار السلبية المترتبة عن اختلاف القواعد الإجرائية في مجال الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، كان لابد من التفكير في إيجاد حلول تمكن من تجاوز الوضعية الراهنة، فكان أن وقع الاختيار على الحل الاتفاقي عن طريق إبرام بعض المعاهدات الثنائية بين الدول المستقبلة والدول المصدرة للهجرة بغية تنظيم بعض مسائل الأحوال الشخصية تنظيما يكفل تحقيق مصالحهما المشتركة، فلماذا تبني الطرح الاتفاقي **- المطلب الأول-** ثم ما هي العوامل التي من شانها أن تشجع وتحفز الطرف الأجنبي على قبول تبني الطرح الاتفاقي مع المغرب – **المطلب الثاني-**

المطلب الأول: مبررات تدعيم الحل الاتفاقي.

لقد أضحى التشريع التعاقدي الدولي يحتل مكانة متميزة كفرع من فروع القانون الدولي الخاص سيما عندما يتعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية التي تشكل ميدانا خصبا لتنازع القوانين، ولعل السبب في ذلك راجع أولا لقصور المنهج التنازعي وعدم نجاعته في حل المشاكل القانونية الأسرية للمهاجرين – **الفقرة الأولى-**

ثم ثانيا لأن الحل الاتفاقي يضمن على الأقل حد أدنى من الحقوق ويشكل أرضية قانونية للتعامل بين الدول، هذا فضلا عن الدور الذي يمكن أن يقوم به في التوفيق بين خصوصيات كل دولة والعمل على تمتين العلاقات بينهما – **الفقرة الثانية-**

الفقرة الأولى: قصور المنهج التنازعي.

يقصد بالمنهج التنازعي ذلك الإطار القانوني الذي يتم بمقتضاه فض مسألة تنازع القوانين في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي وذلك عن طريق وضع القوانين المتزاحمة أوالمتنازعة في نفس المرتبة ومنحها فرص متساوية للتطبيق؛ ثم ترجيح احدها على الآخر بناءا على معايير منطقية وموضوعية وفقا لتحليل تنازعي منصف لهذه القوانين بعيدا عن أي نزعة وطنية أو دينية.

هذا ويعد الفقيه الألماني الشهير savigny أول من وضع أدوات التحليل التنازعي حيث اشترط لإمكانية تطبيقها انتماء الأنظمة المتنازعة لنفس الطائفة القانونية؛ أي وجود تشارك وتكافؤ قانوني بينهما وانتماؤهما لنفس الحضارة [1]. مما يعني أن استعمال أدوات التحليل التنازعي خارج هذا الإطار وخاصة في العلاقات مع الدول الأوربية أضحى خيارا تقليديا غير قادر على حل الإشكالات القانونية للجالية المغربية المقيمة بأوربا وذلك للأسباب التالية:

* انعدام الاشتراك القانوني بين الحضارة المغربية الإسلامية والحضارة الغربية العلمانية؛ الأمر الذي يترتب عليه اختلاف على مستوى تحديد مفهوم الأحوال الشخصية بين الحضارتين؛ فما يعتبر من صميم الأحوال الشخصية في النظام المغربي قد لا يعتبر كذلك في النظام الأوربي كما هو الشأن بالنسبة للنظام المالي للزواج الذي يصنف في الأنظمة الغربية ضمن خانة الأحوال العينية التي يطبق عليها قانون الموطن بخلاف القانون المغربي الذي يصنفه في دائرة الأحوال الشخصية التي تخضع للقانون الوطني، الأمر الذي قد ينعكس على تطبيق ضابط الجنسية الذي يعد عماد المنهج التنازعي، بل وعلى تطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية سيما إذا علمنا أن التكييف على مستوى الأحوال الشخصية يخضع لقانون القاضي.

---

[1]- خالد برجاوي : إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 217.

- الانتشار الشاسع لدائرة حقوق الإنسان حيث شملت جميع المؤسسات وجميع الفروع القانونية جعل منها المحرك الأساسي للسياسة التشريعية للأنظمة القانونية المقارنة التي غلبت عليها الفلسفة الليبرالية المستندة على المذهب الفردي في مقابل التراجع الذي شهده المفهوم الاجتماعي للأسرة[1].

- التطور المعاصر للقانون الدولي الخاص الذي كشف عن نماذج متعددة لقواعد الإسناد تخطت الطابع المحايد وفقا للمعنى التقليدي كما هو الشأن بالنسبة لقواعد التنازع التي تتحدد فيها ضوابط الإسناد على نحو يربط العلاقة بأكثر من قانون بحيث يطبق القاضي أكثر هذه القوانين تحقيقا لحكمة الإسناد؛ وهي ما تعرف بقواعد الإسناد ذات الصبغة المادية [2]، وفي هذا ما يحمل القاضي الأجنبي على الانتصار دائما لقانونه الداخلي باعتباره القانون الأكثر تحقيقا لهذه الغاية.

- التطرف الذي تنهجه معظم الأنظمة القانونية الأوربية عند صياغتها لقواعد الإسناد في مجال الأحوال الشخصية والتي أضحى الجانب الطاغي عليها هو المنهج الأحادي والإقصاء الكلي لمبدأ متجدر في أدبيات القانون الدولي الخاص ويتعلق الأمر بمبدأ المعاملة بالمثل، بل وحتى في حالة اعتماد نفس الضوابط فإن أسلوب تكييفها أو شروط إعمالها قد لا يكون واحدا لدى قضاة كل بلد معني بالنزاع [3]، الأمر الذي ينعكس على منهجية التحليل التنازعي السليم.

فهاته المعطيات وغيرها تكشف بصورة واضحة لا تدع مجالا للشك عن الأزمة التي أصبح يعرفها المنهج التنازعي كخيار تقليدي لحل تنازع القوانين، وهي أزمة عمل القانون الدولي الخاص المغربي عوض حلها على تأزيمها، حيث أنه إذا كان التحليل التنازعي السليم يفترض تزاحم قانونين أو أكثر لحكم علاقة دولية خاصة معينة واختيار أكثر القوانين ملائمة لها بفضل قاعدة إسناد موضوعية وغير متحيزة[4]، فإنه بالرجوع إلى القواعد الداخلية التي يستمد منها القانون الدولي الخاص المغربي أساسه نجده قد خالف هذا المنطق.

---

[1]- هشام أصنيب: مرجع سابق، ص 28.
[2]- هشام علي صادق: مرجع سابق، ص 10 و 11.
[3]- محمد الوكيلي: مرجع سابق، ص 132.
[4] - خالد برجاوي: القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية، مطبعة دار القلم السنة 2001 ، طبعة أولى، ص 121.

فالفقرة الثالثة والرابعة من المادة الثانية من مدونة الأسرة [1] تتضمن قاعدة إسناد ذات نزعة وطنية ودينية تقضي بتطبيق القانون الداخلي المغربي الذي تمثله مدونة الأسرة على كل الروابط الأسرية الدولية التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا أو التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

فهاته المقتضيات بالإضافة إلى أنها تتعارض مع مبادئ وأهداف النموذج الأممي؛ بل ومع اعتبارات المساواة والحرية نظرا لأنواع الميز الذي تقرره – امتياز الجنسية وامتياز الديانة- فإنها تمثل خرقا صريحا لمبادئ وقواعد التحليل التنازعي التي تفرض احترام القوانين المتنازعة ووضعها في نفس المرتبة، ثم في مرحلة ثانية ترجيح إحداها بناءا على ضابط إسناد موضوعي سابق التحديد في قواعد تنازع قوانين القاضي الناظر في الدعوى. الأمر الذي سيكون له بدون شك انعكاس سلبي على تطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية حيث سيسهل على القضاء الأجنبي إيجاد الهفوة القانونية التي سيعتمدها لعدم منح الصيغة التنفيذية للأحكام والقرارات المغربية الصادرة بناءا على هذه المقتضيات [2]، بل إن التنصيص على هذه المقتضيات قد يؤدي بالدول الأجنبية إلى معاملة المغاربة بنفس معاملة وطنييهم بالمغرب [3].

لذلك ولتجاوز مختلف هاته المشاكل التي يطرحها المنهج التنازعي على مستوى الروابط الدولية الخاصة المغربية الأوربية؛ ومن أجل الدفع بالقضاء الأوربي إلى احترام مقتضيات مدونة الأسرة يجب على المشرع المغربي من جهة إعادة النظر في هذه المقتضيات الواردة في المادة الثانية من مدونة الأسرة من خلال ترك الأمر للاجتهاد القضائي للحسم في المسألة دون التنصيص على ذلك قانونا؛ ومن جهة ثانية التمسك بالحل الاتفاقي كخيار من شأنه توحيد الرؤى وتقريب التصورات بين الطرفين المغربي والأوربي.

الفقرة الثانية: توفيق الحلول الاتفاقية بين خصوصيات أطرافها.

[1] - تنص هذه المادة على ما يلي: تسري أحكام مدونة الأسرة على :
- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا .
- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

[2] -.خالد برجاوي: تقييم مدونة الأسرة من زاوية القانون الدولي الخاص، مجلة المرافعة عدد 16 أكتوبر 2005، ص 63.

[3] - خالد برجاوي: امتياز الجنسية في مشروع مدونة الأسرة، جريدة العالم 31 دجنبر 2003.

بالنظر للمشاكل والصعوبات التي أفرزها التطبيق العملي لبعض الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع بعض الدول الأوربية قد يشكك البعض في مدى نجاعة تبني الحل الاتفاقي في تجاوز الوضعية الحالية للعلاقات الخاصة المغربية الأوربية، لكن بالرغم من ذلك ومهما بلغت الانحرافات التي يمكن تسجيلها في مسار هذه العلاقات يبقى الحل الاتفاقي خيار لابد من تشجيعه وذلك بالنظر للامتيازات المترتبة عليه:

أولا لأن الحلول الاتفاقية غالبا ما تهدف إلى المحافظة على المبادئ الأساسية للهوية الوطنية للأفراد وذلك من خلال الاعتراف بحق كل فرد في الخضوع لقانونه الوطني في قضايا أحواله الشخصية وتمكينه من حقه في الاستفادة من آثار تصرفاته التي أبرمها بمقتضى قانونه الشخصي على تراب البلد المستقبل.

وغير خاف ما لهذا المبدأ من أهمية في المحافظة على خصوصيات كل طرف؛ فالمغاربة يطمئنون لقانونهم الوطني ويرتضون أحكامه؛ والأجانب يؤثرون الاحتكام إلى قانون جنسيتهم، وهذا في حد ذاته احترام لهوية كل طرف، إذ يكون من الصعب والغضاضة من الناحية النفسية والاجتماعية أن يتم إخضاع بعض التصرفات الداخلة في الأحوال الشخصية التي يقوم بها الشخص لقانون آخر غير قانونه [1]، هذا فضلا على أن تطوير القانون الاتفاقي يبقى لبنة أساسية من أجل تشييد نظام دولي خاص قائم على التوافق والتقارب والتوحيد في الرؤى [2]؛ وهذا لاشك من شأنه أن يفتح المجال أمام التعايش بين رعايا الدولتين، واحترام بعضهم البعض خاصة في الحالة التي يكون فيها الزواج مختلطا بين مغربي وأجنبي؛ حيث أنه بفضل الحل الاتفاقي سيتم تلافي النزاعات التي يمكن أن تحدث بين الزوجين بسبب علم كل منهما بأن قانونه هو الذي سيحكم حالته الشخصية وأنه لن يرضخ لإرادة الزوج الآخر أو لقساوة قانون جنسيته.

ومن جهة ثانية فإن الحلول الاتفاقية تلعب دورا طلائعيا وفعالا في الحفاظ على مميزات النظام العام لكل من البلدين من خلال إعطاء الجهاز القضائي لكل دولة من

---

[1] عبد الكريم الطالب: مرجع سابق، ص 98

[2] أمينة الخياط: تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص المغربي والمصري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق السويسي الرباط 1997 - 1998 ، ص 84.

الدولتين المتعاقدتين حق استبعاد القانون المعين بمقتضى قاعدة الإسناد إذا كان يمس بالمقومات الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع في دولة القاضي.

عموما يمكن القول بأن تبني الطرح الاتفاقي ومهما يمكن القول بشأنه فإنه يبقى خيارا لابد من تبنيه وتدعيمه بكل بساطة لأن الحل الاتفاقي يشكل الأرضية القانونية للتعامل بين البلدين المتعاقدين في مجال أحكام الأسرة، ولأن الذي يهم هو وجود مثل هذا الإطار القانوني الذي سيعد مكسبا هاما في اتجاه ضمان حد أدنى من الحقوق لأفراد الجالية المغربية من جهة؛ وكسب اعتراف السلطات الأجنبية باحترام قانون الأسرة المغربي من جهة ثانية.

المطلب الثاني: العوامل المشجعة على تبني الطرح الاتفاقي.

إذا كانت معارضة الطرف الأوربي لتبني الطرح الاتفاقي مع المغرب في مجال الأحوال الشخصية تجد أساسها في أن ذلك لن يساهم في دعم الحرية والمساواة بين الرجل والمرأة فضلا عن عدم ملائمة الحلول المعمول بها في أمثال هذه الاتفاقيات للمبادئ المكرسة في المعاهدات الجماعية والصكوك الدولية المتصلة بحماية المرأة والطفل وذلك استنادا لكون القانون المغربي لحقوق الإنسان يكرس انعدام المساواة بين الأفراد؛ فإن المتغيرات الجديدة التي يعرفها المشهد القانوني المغربي خاصة في اتجاه تدعيم مفهوم حقوق الإنسان وقيمها المتعارف عليها كونيا – **الفقرة الأولى**-

ومن جهة أخرى ارتباط المصالح الاقتصادية المغربية الأوربية بفعل تطور حجم المبادلات التجارية وما رافقها من ارتفاع في نسبة تنقل الأشخاص من وإلى أوربا – **الفقرة الثانية**- عوامل من شأنها الدفع بالطرف الأوربي إلى إعادة النظر في مواقفة السابقة بخصوص الطرح الاتفاقي، ومن تم تحقيق بعض المكاسب بالنسبة للمغرب في إطار مفاوضاته المستقبلية مع هذا الأخير.

الفقرة الأولى: العوامل القانونية.

لقد خطا الطرف المغربي في الآونة الأخيرة خطوات مهمة في اتجاه تكريس وتدعيم حقوق الإنسان وهي خطوات من شأنها تعزيز موقفه أمام الطرف الأوربي وأن يكون لها

صدى في الأوساط الأجنبية خاصة وأن تزايد الهجرة المغربية وتطورها بأوربا وتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية أصبح يشكل جزءا مهما من عمل الأنظمة القضائية الأوربية. فما هي إذن أهم هذه الخطوات التي قام بها المغرب سواء على المستوى الوطني أو الخارجي وكيف يمكن تسخيرها في تبني الطرح الاتفاقي، بل وفي خدمة المصلحة الشخصية للمغاربة المقيمين بالخارج؟

إجابة عن هذا التساؤل نشير إلى أن من أهم الإصلاحات التي عرفها المشهد القانوني المغربي على المستوى الوطني بالإضافة إلى تعديل مدونة الأحوال الشخصية والتي سبق وأن تعرضنا لمختلف المستجدات التي جاءت بها والدور الذي يمكن أن تساهم به في خدمة أوضاع الجالية المغربية بالخارج؛ ما يتعلق بمراجعة وإصلاح مجموعة من الأحكام التي كانت تعتبر إلى حد قريب أحكاما شرعية لا يمكن التهاون بشأنها مع أنها في حقيقتها أحكاما فقهية اجتهادية اقتضتها ظروف تغيرت وأحوال تبدلت ومنها إلغاء بعض النصوص التي كانت تمثل حيفا ضد النساء؛ والتي كان يستند إليها الطرف الأوربي في رفض الدخول في أية مفاوضات مع المغرب في اتجاه تدعيم الحل الاتفاقي وذلك من قبيل الفصل 726 من ق ل ع الذي كان يمنع المرأة من تأجير خدماتها إلا بإذن الزوج وحق هذا الأخير في الفسخ إذا انتفى الإذن، والفصل السادس من القانون التجاري السابق الذي كان يفرض قيودا على حرية المرأة في التصرف في أموالها، والفقرة الثانية من الفصل 366 من قانون المسطرة الجنائية والتي كانت تشترط إذن المحكمة لمطالبة المرأة زوجها بالتعويض، إضافة إلى إقرار عدم لزوم إذن الزوج لحصول المرأة على جواز السفر ...الخ[1].

أما على المستوى الدولي فقد اختار المغرب ومنذ حصوله على الاستقلال خيار الانتماء إلى الشرعة الدولية، وإلى المنظومة الكونية لحقوق الإنسان، حيث صادقت المملكة المغربية على أهم الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان والتي تفرض على المنتظم الدولي الأخذ بعين الاعتبار عصرنة مؤسسة الأسرة، هاته العصرنة التي لا يمكن أن تتحقق إلا بإقرار واحترام مبدأين أساسين هما الحرية والمساواة[2].

---

[1]- الحسين بنحساين: أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي، مرجع سابق ص 112.
[2]- أمينة الخياط: مرجع سابق، ص 68.

ولعل من أهم هاته الاتفاقيات التي صادق عليها المغرب في هذا المجال بالإضافة إلى الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين الملحقين به نذكر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة بتاريخ 18 دجنبر 1978 والتي انظم إليها المغرب بتاريخ 21 يونيو 1993[1]، والاتفاقية الدولية لحماية حقوق كل العمال المهاجرين وأفراد أسرهم والتي صادق عليها المغرب بتاريخ 26 يونيو 1993 ... ثم اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة سنة 1989 والتي صادق عليها المغرب بتاريخ 21 يونيو 1993، بل إن المغرب كان له دور فاعل في إعداد هذه الاتفاقية، حيث كان في مقدمة الدول الإسلامية التي عملت على اقناع باقي الدول الأعضاء على إدراج مؤسسات وفق الفقه الإسلامي ضمن بنود الاتفاقية مثل مؤسسة الكفالة التي أصبح لها بعد عالمي وافقت عليها حتى الدول التي لا تتضمنها تنظيماتها[2].

ومن جهة أخرى وإلى جانب هاته الاتفاقيات الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة فقد صدر بتاريخ 28 ماي 1993 ظهير يقضي بانضمام المغرب إلى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص[3]....

غير أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه بالرغم من أهمية هذه الخطوات التي قام بها المغرب والتي من شأنها ضمان حقوق الأفراد في إطار روابطهم الدولية المختلطة تحقيقا للأمن والسلام في إطار العلاقات الدولية، بل وتحقيق نوع من التوافق والانسجام بين القانون الداخلي المغربي والقانون الدولي لحقوق الإنسان، فإنها تبقى غير كافية من أجل الدفع بالسلطات الأجنبية إلى إعادة النظر في مواقفه السابقة بخصوص رفض تبني الحل الاتفاقي مع الجانب المغربي.

لذلك ومن أجل تجاوز هاته الوضعية، ومن ثم المساهمة في تعزيز وتقوية القدرة التفاوضية للمحاور المغربي في مواجهة نظيره الأوربي يجب العمل على ما يلي:

- ضرورة إلغاء بعض التحفظات التي أبداها المغرب على بعض بنود المعاهدات التي صادق عليها والتي تساهم في تشدد القاضي الأجنبي الملتزم بها، وفي هذا الإطار ننوه

---

[1]- نفس المرجع، ص 79.

[2]- محمد ناصر متيوي مشكوري: موقف الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 54 /55 يناير ابريل 2004،ص 193.

[3]- وهو الظهير الذي تم نشره بالجريدة الرسمية عدد 4212 بتاريخ 21 يوليوز 1993، ص 1279 – 1280.

بالخطوة التي أقدم عليها المغرب بتاريخ 7 مارس 2006المتعلقة برفع بعض تحفظاته على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛ ونأمل أن يتم تعميمها على مختلف التحفظات.

- الحسم في مسألة أولوية وسمو الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي حتى يساير بذلك مختلف الأنظمة القانونية الأوربية كما هو الشأن بالنسبة للفصل 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1955[1] ويضع حدا لتضارب الاجتهاد القضائي في هذا الموضوع.

- إصلاح وتحديث بعض النصوص الداخلية وذلك من قبيل ما يلي:

* العمل على تطوير وتحديث ظهير 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب الذي يعود وضعه إلى فترة الحماية والذي يتضمن بعض المفاهيم والقواعد الغير المقبولة في ظل المغرب المستقل [2]، وبصفة خاصة العمل على تضمينه معايير إسناد أكثر مرونة حتى يساير بذلك القفزة النوعية التي تعرفها ضوابط الإسناد على المستوى الدولي، ومن ثم ضمان فرص أكبر لقراراتنا القضائية لتذييلها بالصيغة التنفيذية بالخارج وجعل حلولنا القانونية بعيدة عن كل انتقاد.

* العمل على إ صلاح ظهير الجنسية لسنة 1958، وذلك في اتجاه تحقيق نوع من المساواة سواء بين الرجل والمرأة من خلال السماح للزوجة المغربية بتمديد جنسيتها لزوجها الأجنبي إسوة بالزوج المغربي، أو بين الأب والأم في نقل جنسيتهما إلى أبنائهما، وهو الأمر الذي تنبه إليه جلالة الملك في خطاب العرش الأخير بتاريخ 31 يوليوز 2005 والذي دعى إلى ضرورة التدخل العاجل من أجل الإسراع بتعديل قانون الجنسية في اتجاه السماح للزوجة المغربية المتزوجة بأجنبي بتمديد جنسيتها لأبنائها [3] .

فبهذه الإصلاحات مجتمعة، وبالمجهودات الإيجابية التي يبذلها المغرب في الآونة الأخيرة من أجل تعزيز مصداقيته في المجال الحقوقي على المستوى الدولي سيما من خلال

---

[1]- تنص هذه المادة على: " أن الاتفاقيات الدولية المصادق عليها بصفة قانونية وبمجرد نشرها تتوفر لها قوة أسمى من القانون الداخلي".

[2]- ومن ضمنها: - احتفاظه بصياغات تعود لعهد الحماية ومن ذلك عبارة " منطقة الحماية الفرنسية" التي يستوجب تعويضها بكلمة " بالمغرب"، وذلك حتى يسري أثر الحقوق والواجبات وجميع التصرفات على الأطراف في جميع تراب المملكة.

- نفس الشيء بالنسبة للمادة الأولى التي تنص: " يتمتع الفرنسيون بمنطقة الحماية الفرنسية بالمغرب بجميع الحقوق الخاصة إلي يتمتعون بها بفرنسا طبقا للقانون الفرنسي"، فهذه المادة إذا كانت مقبولة في عهد الحماية على اعتبار نظام الامتيازات الذي كان يخول للأجانب، فإنها غير مستساغة حاليا لذلك يجب إعادة النظر فيها.

- تعديل المادة الخامسة من خلال التنصيص على إخضاع الأجنبي المجهول الجنسية في كل ما يعود لحالته الشخصية وأهليته للقانون المغربي بدل القانون الفرنسي المنصوص عليه حاليا...الخ.

[3]- يجري حاليا إعداد مشروع قانون الجنسية ؛ ونأمل أن يسفر هذا المقترح على إصلاح شامل لظهير الجنسية في المستقبل القريب.

إحداث العديد من الهيئات والمؤسسات المهتمة بحقوق الإنسان، كما هو الشأن بالنسبة للمجلس الاستشاري لحقوق الإنسان الذي شكل لبنة أساسية في تسوية وضعية المرأة والطفل في العلاقات الأسرية، ومؤخرا هيئة الإنصاف والمصالحة والتي خلف التقرير الختامي الصادر عنها ارتياحا كبيرا ليس فقط في أوساط الجالية المغربية بالمهجر؛ ولكن أيضا على مستوى التصريحات الرسمية لمختلف السلطات الأجنبية يمكن تحفيز الطرف الأجنبي على تبني الطرح الاتفاقي مع المغرب، ومن ثم الرفع من مستوى التعامل الأجنبي مع مستجدات مدونة الأسرة.

الفقرة الثانية: العوامل الاقتصادية.

إن الاعتماد على العامل القانوني أو الأخلاقي – حسن الجوار والصداقة- قد لا يكون لوحده كافيا لتحقيق بعض المكاسب بالنسبة للطرف المغربي في إطار المفاوضات المستقبلية مع أوربا، لذلك فإن إدراج العامل الاقتصادي يبقى الخيار الأمثل في العلاقة مع الطرف الأوربي، فكيف يمكن تحقيق ذلك؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تبقى جد أساسية بالنسبة للطرح الاتفاقي؛ ذلك أن إدراج العامل الاقتصادي أثناء التفاوض مع أوربا وتسخيره لخدمة المصلحة الشخصية للجالية المغربية المهاجرة من شانه أن يؤدي إلى تجاوز النظرة القانونية التقنية؛ وتبني طريقة أخرى منفتحة أكثر على المحيط السوسيولوجي للعلاقات الخاصة المغربية الأوربية؛ وهي خطوة قد تؤدي بدون شك إلى تعميق معرفة الطرفين المتعاقدين لبعضهما البعض وإبراز نقط الالتقاء التي تجمع المغرب بأوربا بغية تقويتها كما ستمكن من الوقوف على نقط الاختلاف مما سيدفع بالطرفين إلى التفكير في طرق وحلول ناجعة لتجاوزها[1].

هذا ويأتي القول بإدراج الإطار العام الاقتصادي في المفاوضات مع الدول الأوربية المستقبلية للجالية المغربية عند صياغة اتفاقيات ثنائية تتعلق بالأحوال الشخصية من اعتبارين أساسين:

[1]- انظر في هذا المعنى: عبد المنعم فلوس، مرجع سابق، ص 245.

- أولا كون المغرب يعتبر قبلة أساسية لمختلف الاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية وذلك للاعتبارات التالية:

* القرب الجغرافي للمغرب من القارة الأوربية.

* الاستفادة من اليد العاملة الرخيصة ومن تكاليف الإنتاج المنخفضة.

* الاستفادة من تخفيضات نسب الضرائب المفروضة على الاستثمارات الأجنبية.

* تجربة الخوصصة التي عرفها المغرب والتي شملت مختلف القطاعات والمجالات الاقتصادية والاجتماعية.

* التعديلات القانونية التي همت كل من قانون الشركات ومدونة التجارة وقانون البورصة.

* الانفتاح الاقتصادي على العالم الخارجي من خلال التوقيع على اتفاقية التبادل الحر مع الولايات المتحدة الأمريكية.

* ثم التوجه العام السائد في المغرب والرامي إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية من خلال العمل الدائم على تبسيط وتيسير المساطر الإدارية وتوفير كل الظروف المناسبة من أجل فسح المجال أمام المنتوجات الأجنبية لاقتحام السوق المغربية.

فهذه العوامل وغيرها من شانها أن تؤدي إلى تنقل ودخول عدد كبير من الأجانب إلى المغرب، وإزدياد توجه المغاربة نحو الخارج كنتيجة منطقية لتزايد عدد الصفقات التجارية الدولية بين الجانبين المغربي والأوربي وهو ما سينتج عنه بالتأكيد بعض النزاعات على مستوى الروابط الأسرية عبر الوطنية [1]؛ الأمر الذي من شأنه أن يفرض على الطرفين المغربي[2] والأوربي التفكير في وضع إطار قانوني اتفاقي ينظم الوضعية الخاصة للروابط الأسرية للجالية الأجنبية المقيمة فوق تراب كل من الدولتين، بل إن من شأن تزايد نسبة الجالية الأجنبية بالمغرب نتيجة لاستقرار أرباب العمل والمستثمرين الأجانب بالمغرب حيث توجد مصالحهم الاقتصادية من شأنه أن يحفز بل ويرغم الطرف الأوربي على قبول تبني الحل الاتفاقي مع المغرب والعمل على استقبال النتائج المستقبلية لهذه التغيرات بقواعد

[1]- الحسن لحلو لموخي: القانون الدولي الخاص والمسطرة المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق السويسي الرباط 1997 / 1998، ص 7.

[2]- بالنسبة للطرف المغربي قد ياتي تبنيه للحل الاتفاقي في اتجاه رغبته في الحفاظ على الهوية والخصوصية الوطنية، بل ومن اجل الحفاظ على ارتباط المهاجرين المغاربة بوطنهم من خلال جلب العملة الصعبة.

منظمة تنظيما شخصيا محكما لاسيما إذا أحس المفاوض الأجنبي بأن مواطنيه بالمغرب قد يتعرضون لنفس المعاملة التي يعامل بها المغاربة بالخارج من خلال العمل على تمديد مقتضيات القانون الداخلي المغربي عليهم في مجال الأحوال الشخصية.

- ثم ثانيا فإن المغرب يتوفر على قوة ضغط مهمة في المجال الاقتصادي إن تم تسخيرها بالشكل الجيد قد تؤدي إلى نتائج مهمة على مستوى العلاقات الخاصة التي تربط المغرب خاصة بدول الاتحاد الأوربي، ويتعلق الأمر أساسا بملف الصيد البحري الذي يشكل ورقة رابحة في يد المفاوض المغربي قد تمكنه من إنتزاع العديد من التنازلات من طرف الجانب الأوربي في اتجاه خدمة المصلحة الشخصية للمغاربة المقيمين بالمهجر، وبذلك يحل السلم والتعايش محل التعنت والتشدد في الروابط الدولية الخاصة المغربية الأوربية.

المبحث الثاني: الإطار المستقبلي للحل الاتفاقي.

بالنظر لما أبانت عنه التجربة الحالية من فشل الحل الاتفاقي في معالجة مختلف الإشكالات التي تطرح على مستوى الروابط الأسرية للجالية المغربية بالمهجر وذلك نتيجة للتعصب القضائي في الدفع بالنظام العام من جهة؛ وعدم ملائمة هذه الحلول الاتفاقية لمختلف التغيرات التي تشهدها الأنظمة القانونية الأوربية إن على مستوى تطور مفهوم النظام العام، أو على مستوى تغير ضوابط الإسناد الأمر الذي يجعلها – الحلول الاتفاقية- تحمل في طياتها أسباب فشلها، فإن الأمر يستدعي أكثر من أي وقت مضى التدخل لوضع إستراتيجية جديدة في مجال تدعيم الحلول الاتفاقية سواء على المدى القريب – **المطلب الأول-** أو على المدى المتوسط – **المطلب الثاني** –

المطلب الأول: على المدى القريب.

من أجل ضمان التطبيق السليم لبنود مدونة الأسرة، ومن ثم تجاوز المشاكل المترتبة عن الروابط الأسرية عبر الوطنية التي قد يسفر عنها عدم احترام مدونة الأسرة من طرف الدول الأجنبية، فإن الأمر يحتاج أولا إلى إعادة النظر في الاتفاقيات الثنائية الحالية المبرمة مع بعض الأقطار الأوربية وذلك على ضوء مستجدات مدونة الأسرة – **الفقرة الأولى** -، ثم

ثانيا التفكير في إبرام اتفاقيات ثنائية مع بعض الدول التي لازالت لم تبرم مع المغرب اتفاقيات في مجال حالة الأشخاص والأسرة، وذلك على اعتبار أن الحل الاتفاقي يشكل على الأقل حدا أدنى من الحقوق التي يجب ضمانها لأفراد الجالية المغربية بالمهجر – **الفقرة الثانية** -.

الفقرة الأولى: إعادة صياغة الاتفاقيات الثنائية الحالية.

بالرجوع إلى معظم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها معظم البلدان المغاربية ومن ضمنها المغرب مع بلدان الاتحاد الأوربي يمكن إبداء بعض الملاحظات بصددها وذلك من قبيل ما يلي:

- أغلبية الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الأنظمة العربية ذات الصبغة العقائدية والأنظمة العلمانية الغربية لا تعبر صراحة عن الحماية الكاملة لقيم ومؤسسات الأنظمة الإسلامية، في المقابل تخول للأنظمة العلمانية الغربية مجموعة من الامتيازات.

- أن هذه الاتفاقيات لا تشكل في ميزان القوى على الصعيد الدولي تكافؤا بين النظامين على اعتبار أن البلد الأصلي للمهاجر غالبا ما يكون في موقف ضعف اقتصادي عكس الأنظمة الأوربية العلمانية المستقبلة للهجرة؛ والتي غالبا ما تعد من الدول المتقدمة الشيء الذي يخولها المركز القوي أثناء المفاوضات مما تكون معه هذه الأخيرة – المفاوضات- ذات طبيعة عمودية بدل أن تكون أفقية.

- ثم النرجسية التي يتصف بها الجهاز القضائي العلماني الذي يدافع بكل استماتة عن مؤسساته ومعتقداته وقيمه رغم تنازل مشرعه عن بعضها أثناء إبرام الاتفاقيات.

من هذا المنطلق يتضح أن إعادة النظر في هاته الاتفاقيات الثنائية المبرمة مع بعض الأقطار الأوربية باتت أمرا لازما وملحا، وأن المفاوض المغربي يتعين عليه أن يكون في المرة القادمة في مستوى الإصرار والاعتزاز بالانتماء القومي؛ وبنفس الشكل الذي أبان عنه الطرف المغربي أثناء المطالبة بتجديد اتفاقية الصيد البحري مع الاتحاد الأوربي، وفي

هذا الإطار يقول الأستاذ أحمد زوكاغي: " أنه إذا كانت السلطات الفرنسية تتذرع بأنها مقيدة بأحكام اتفاقيات جماعية، ومنها الاتفاقية الأوربية المتعلقة بحقوق الإنسان، واتفاقيات لاهاي سيما تلك المتعلقة منها بالالتزام بالنفقة؛ فإن المملكة المغربية مقيدة بدورها بقيد أسمى وأجل وأولى بالصيانة والاحترام، ألا وهو الإسلام"[1].

غير أنه يجدر التنبيه على أن المغرب إذا أراد السير في هذا التوجه فيجب عليه ألا ينسى أننا نعيش داخل مجموعة دولية لها اختلافاتها وخصوصياتها، وهي عوامل لابد من أخذها بعين الاعتبار ولابد من التكيف معها بشتى الوسائل؛ لذلك فإنه إذا كان من حق الطرف المغربي أن يتبنى الطرح الاتفاقي كخيار للمحافظة على الهوية الإسلامية للجالية المغربية؛ فينبغي عليه بالإضافة إلى مراعاة المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة وتفادي كل نقط الضعف من خلال تجاوز بعض الثغرات التي أفرزها التطبيق العملي للاتفاقيات الحالية حتى تكون أكثر فعالية في إسعاف عدالتنا لأداء الدور المنوط بها [2]، أن يحمل الأطراف الأخرى على ما يلي:

- أن تكون المفاوضات قائمة على أساس محاولة التقريب والتوفيق في مجال حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي بين نظام علماني تمثله أوربا يقوم على أساس اعتبار الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية شأنا مدنيا صرفا، وبين نظام ديني تجسده المملكة المغربية ينبني على اعتبار مقتضيات مدونة الأسرة جزء لا يتجزأ من الهوية والخصوصية الوطنية، الأمر الذي يتطلب توفر إرادة سياسية حقيقية من الدولتين المتعاقدتين لتجاوز التعقيدات التي تقف في طريق تبني الطرح الاتفاقي مع تجسيد جميع الطاقات المؤسساتية، خاصة الأجهزة القضائية لتفعيل مقتضيات الاتفاقيات المبرمة باعتبارها قانونا داخليا تصبح سارية المفعول بمجرد توقيع كلا الدولتين المتعاقدتين عليها.

- أن يكون الحوار والتفاوض متكافئا تتوفر له شروط المساواة والندية والإرادة المشتركة وأن تتعدد مستوياته، وتتفاوت درجاته؛ بحيث يكون حوارا شاملا يدور مع مختلف الفئات والشرائح على المستوى الحكومي، وعلى صعيد المؤسسات ذات العلاقة

---

[1]- أحمد زوكاغي: حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية، مرجع سابق، ص 64.

[2]- جميلة أحيدة: " التطبيق السليم لمدونة الأسرة بالمهجر رهين بتطبيق وتفعيل الاتفاقيات المبرمة بين المغرب والدول الأوربية"، مداخلة في ندوة تحت عنوان: " مدونة الأسرة في المهجر إشكالية الفهم و التطبيق" نظمت بتاريخ 25 – 26 فبراير 2005 بكلية الحقوق أكدال بالرباط، ندوة غير منشورة.

بالقضايا والمجالات التي تحدد لهذا الحوار [1]، لا أن يأتي المفاوض الأوربي بصيغة اتفاقية جاهزة منقولة حرفيا تقريبا عن نماذج اتفاقيات ثنائية أبرمتها دولته مع دول أخرى تتقارب معها في التصورات والحاجيات والظروف الاجتماعية والحضارية وتفرضها على دولة عربية مسلمة ليس لها من هم سوى حماية رعاياها الموجودين على التراب الأوربي [2]، فالمغرب وقد حصل على استقلاله وأصبح يتمتع بكامل سيادته من حقه أن يضبط ويحدد مصير جاليته المقيمة بالخارج بالوسائل والإمكانيات التي يراها مناسبة لوضعيته.

- تحديد مفهوم واضح ومعتدل للنظام العام يسمح بتطبيق القوانين الشخصية بشكل مرضي ومتكافئ بين المغاربة والأجانب المقيمين بالخارج [3]؛ بحيث أنه إذا كان إدراج شرط النظام العام في الاتفاقيات الثنائية أمر ضروري من أجل حماية المبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمع دولة القاضي، فإنه لا ينبغي أن يتحول استخدامه من طرف هذا الأخير كوسيلة لمنع تطبيق القوانين الأجنبية دون فحصها والتأكد من أنها فعلا تنتهك النظام العام في دولته، فاستبعاد أحكام الاتفاقية باسم النظام العام يجب أن يكون مبني على المنطق ومفاهيم العدالة الاجتماعية والنظم الأساسية التي ينهض عليها كيان مجتمعه.

ولاشك أن هذا يتطلب من القاضي من جهة أن يكون متفتحا ومتفهما لحاجيات القانون الدولي الخاص، واعيا ومدركا لواقع مجتمعه والمجتمع الدولي حوله بصفة عامة، ومن جهة ثانية ألا يتقيد عند إعماله لفكرة النظام العام في مجال الاتفاقيات الدولية بنفس الاعتبارات التي يلتزم بها عند تحديده لما يعتبر من النظام العام في المجال الداخلي، والسبب في ذلك يرجع بالدرجة الأولى إلى كون أن إعمال النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص يؤدي إلى نتائج بالغة الخطورة؛ إذ أنها تقطع المجرى الطبيعي للمعاملات الدولية ولعلاقات الأفراد المختلفة في المجال الدولي وذلك بتعطيله لقاعدة الإسناد التي تتكفل بتنظيم هذه المعاملات، وبالتالي مانعا لتطبيق وازدهار القانون الدولي الخاص بوجه عام، وتنازع

---

[1]- عبد العزيز بن عثمان التويجري: الأمة الإسلامية في مواجهة التحدي الحضاري، سلسلة المعرفة للجميع العدد 3 السنة 1999.
[2]- أحمد زوكاغي: حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية، مرجع سابق، ص 65.
[3]- حسن الزاهر: إشكالية تطبيق أحكام الأسرة في بلاد المهجر، مرجع سابق، ص 59.

القوانين بوجه خاص [1]، لذلك يجب التفكير في إعادة صياغة مفهوم النظام العام بصورة تحول دون اعتماده كمانع من تطبيق القانون الوطني في حالة التنازع.

فبهذه المعطيات وباستحضار الرؤية القانونية لفلسفة إبرام الاتفاقيات الثنائية والتي ظلت مغيبة في ظل الاتفاقيات السابقة فقط يمكن للإطار الاتفاقي المستقبلي أن يضمن فرص أكبر لتطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأجنبي، وبالتالي تجاوز الحلول الأحادية الجانب التي تتضمنها الاتفاقيات الحالية.

الفقرة الثانية: إتمام المصادقة على باقي الاتفاقيات الثنائية.

إن المتتبع لأحوال الجالية المغربية المهاجرة لابد وأن يلاحظ حجم المشاكل والصعوبات التي تعترضها على صعيد روابطها العائلية، غير أن هذه الوضعية تزداد حدة وتفاقما في غياب إطار قانوني بين بحكم هذه الروابط بين المغرب وهذه الدول مما يفتح الباب أمام الاجتهاد القضائي الذي تأتي أحكامه في الغالب متضاربة ومتعارضة، الأمر الذي قد يكون له تأثير سلبي على توازن واستقرار الأسرة المغربية المهاجرة.

لذلك ومهما بلغت حدة الانتقادات التي يمكن أن توجه للطرح الاتفاقي فإنه يبقى خيارا لابد من تشجيعه وذلك على اعتبار الدور المهم الذي يمكن أن يساهم به في تذويب الخلافات وتقريب الرؤى والتصورات حول الكثير من النقط القانونية خصوصا بعد الإصلاحات التي جاءت بها مدونة الأسرة والتي تعتبر مكسبا جديدا للجالية المغربية المقيمة بالخارج وخطوة مهمة تعبر عن إرادة تحديثية داخل مرجعية إسلامية منفتحة على مرجعية مدنية كونية.

من هذا المنطلق يجب على المحاور المغربي أن يسعى بكل إستمامة إلى الدفاع عن الطرح الاتفاقي باعتباره السبيل الوحيد أمامه من أجل كسب اعتراف السلطات الأجنبية بقانون الأسرة المغربي وذلك من خلال الدخول في مفاوضات جدية مع معظم الدول التي تستقطب نسبة مهمة من الجالية المغربية، من جهة من أجل إتمام المصادقة على بعض الاتفاقيات الثنائية التي وقعها المغرب مع بعض الأقطار الأوربية؛ والتي لم تنل حظها في التطبيق لحد الآن كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية المغربية الألمانية المتعلقة بالتعاون القضائي والإعلان القانوني في المجال المدني والتجاري الصادرة بتاريخ 29 أكتوبر

[1]- بلمامي عمر: أثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام، دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية العدد الأول 1995، ص 172 – 173.

1985[1]، واتفاقية التعاون القضائي الموقعة مع بلجيكا بتاريخ 30 أبريل 1981 والتي تعالج بصفة خاصة التذييل بالصيغة التنفيذية والتبليغ القضائي والتبادل فيما يتعلق بوثائق الحالة المدنية، وكذا بروتوكول الاتفاق الإداري الموقع ببروكسيل بتاريخ 26 شتنبر 1979 والخاص بتطبيق القواعد المنظمة لحالة وأهلية الأشخاص على أراضي المملكتين المغربية والبلجيكية[2]. ومن جهة أخرى إبرام المزيد من الاتفاقيات الثنائية مع دول أوربية أخرى كما هو الشأن بالنسبة لهولندا خصوصا إذا علمنا أن معظم المبررات التي كانت تستند إليها هذه الدول في رفض إبرام اتفاقيات مع المغرب في مجال الروابط الأسرية قد تم تجاوزها مع التعديلات التي عرفتها مدونة الأسرة.

غير أنه يجب التنبيه على أن تبني هذا الخيار لا يمكن أن يتحقق إلا إذا تم الأخذ بعين الاعتبار المعطيات التالية:

- التأكيد على التنوع الثقافي والحضاري، وهو تأكيد ورد في كثير من مواثيق الأمم المتحدة، وفي توصيات المؤتمرات الدولية العالمية العديدة؛ ومن بينها مؤخرا الدورة 103 للمؤتمر البرلماني الدولي الذي عقد بعمان في 5 أيار 2002، والتي دعى فيها البرلمانات إلى اتخاذ إجراءات فعالة للإبقاء والارتقاء بالتنوع الثقافي على المستوى القومي والعالمي وهذا يفترض احترام خصوصية الآخر والعمل على تنمية ما هو مشترك بين الحضارات الإنسانية[3].

- بذل المزيد من المجهودات من أجل حوار بناء يهدف إلى التعريف بمقتضيات مدونة الأسرة وشرح مضامينها للهيئات القضائية الأجنبية والدول المتعاقد معها من خلال تنظيم حملات تحسيسية تشارك فيها الجمعيات والتنظيمات المهتمة بشؤون الجالية المغربية بالخارج، إضافة إلى استغلال ما توفره قنوات الانترنيت من إمكانية لانتشار الوعي والتواصل في جميع المجالات.

---

[1]- هشام أصنيب: مرجع سابق، ص 130.
[2]- عبد الرزاق مولاي رشيد: العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي: مرجع سابق، ص 120.
[3]- عبد الله عبد الدائم: العرب والعالم وحوار الحضارات، الطبعة الأولى: 2002، ص 16.

- توحيد مدلول قواعد الإسناد بين المغرب الذي يعتبرها من النظام العام وبعض الدول الأوربية التي تعتبرها مجرد واقع مما يحول دون تطبيق القانون الذي تشير إليه ما لم يتمسك به الأطراف.

- هذا فضلا عن تجاوز الحدود القانونية التقنية واعتناق طريق متفتح أكثر على المحيط الشامل للروابط الدولية الخاصة وهو طريق يتمثل دوره الأساسي من جهة في إقامة علاقة متداخلة تقوم على تبادل المصالح المشتركة، ومن جهة ثانية الانفتاح على جميع مفاهيم وتقنيات القانون الدولي الخاص وذلك من أجل العمل على اقتراح حلول أكثر توافقا مع مبادئ العدالة والحرية والمساواة.

وبالموازاة مع الحل الاتفاقي يجب التفكير في دعم فكرة اللجان المختلطة المحدثة بين المغرب وبعض الدول الأوربية [1] وذلك بالنظر للدور المهم الذي يمكن أن تقوم به في معالجة بعض القضايا الفردية التي لم يتم التوافق بشأنها على المستوى الاتفاقي، وهذا الدعم لا يمكن أن يتم إلا من خلال توسيع دائرة الأطراف المنخرطة في هذه اللجان؛ بحيث يجب أن تضم بالإضافة إلى ممثلي الوزارات المعنية لدى الدولتين، مكونات المجتمع المدني وجمعيات حقوق الإنسان وجمعيات المغاربة في بلاد المهجر، فهذا التنوع على مستوى تكوين اللجان المختلطة من شأنه أن يحقق العديد من المكاسب لأفراد جاليتنا المغربية بالمهجر.

المطلب الثاني: على مدى المتوسط.

رغم أن قواعد الإسناد لا تزال هي الوسيلة الفنية المعتادة لحل مشكل تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، إلا أن التطور قد كشف لنا الآن عن وجود قواعد موضوعية تقدم حلولا مباشرة للعلاقات المتضمنة عنصرا أجنبيا؛ وقد درج الفقه الحديث على تسمية هذه القواعد بقواعد القانون الدولي الخاص المادي – **الفقرة الأولى-**

[1]- من هذه اللجان نذكر: + اللجنة المغربية البلجيكية المحدثة بمقتضى بروتوكول اتفاق مؤرخ في 29 أبريل حيث تعمل حاليا على متابعة 27 ملفا بعدما تمت تسوية مجموعة من القضايا.
- اللجنة المغربية الفرنسية المنصوص عليها في المادة 16 من اتفاقية 10 غشت 1981 وهي تتابع حاليا 58 ملفا.
- اللجنة المغربية الإسبانية المحدثة بمقتضى اتفاقية التعاون القضائي المتبادل في المادة المدنية والتجارية والإدارية المؤرخة في 30 ماي 1997 حيث تقوم بتتبع 8 ملفات.
- ثم اللجنة المغربية الهولندية المحدثة بموجب بوتوكول اتفاق لسنة 1995.
انظر بدر حافيظي: مرجع سابق، ص 124.

ومن جهة أخرى وبالنظر إلى منطق التكتلات التي بدأت تسود العلاقات الدولية، وبالنظر إلى الخاصية التي بدأت تطغى على علاقات الإسلام بالغرب وهي خاصية الاصطدام؛ فإن الدول الإسلامية ومن ضمنها المغرب أصبحت مدعوة إلى التفكير في توحيد قوانينها المتعلقة بالأحوال الشخصية، من جهة من أجل مواجهة التطور المؤسساتي والتشريعي الذي تعرفه بعض المناطق الجغرافية كما هو حال الاتحاد الأوربي ومن جهة ثانية تنظيم وضعية مهاجريها بطريقة تراعي في نفس الوقت هويتهم الوطنية وخصوصيات البلدان المستقبلة لهم – **الفقرة الثانية**-

الفقرة الأولى: التأسيس لاتفاقيات تتضمن قواعد مادية موضوعية في مجال الأحوال الشخصية.

لقد بدأت الدعوة لتوحيد القواعد الموضوعية في بعض مسائل القانون الدولي الخاص بمقتضى معاهدات في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، تولاها في أول الأمر العالم الإيطاليMancini ، فعقد على إثر ذلك مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص سنة 1892 والذي أسفر عن ثمان اتفاقيات من بينها ثلاث اتفاقيات بتاريخ 12 يونيو 1902 تتعلق بالزواج والطلاق؛ والانفصال البدني؛ والوصاية على القصر.

غير أن الملاحظ بوجه عام أن حظ هذه الاتفاقيات من التوفيق لم يكن كبيرا فقد تنحت عن الاشتراك فيها الدول الأنجلو سكسونية على اعتبار أن هذه الأخيرة تخضع الأحوال الشخصية لقانون الموطن[1].

والدعوة إلى توحيد القواعد الموضوعية تستتبع حتما القضاء على تنازع القوانين؛ إذ لا محل لقاعدة الإسناد طالما كان النزاع منظما بمقتضى قواعد مادية، وهي مسألة إيجابية لأن إعمال قواعد الإسناد غالبا ما يؤدي كما دلت التجربة على ذلك إلى إخضاع الجالية المغربية في أحوالها الشخصية لحلول متضاربة، فهي في جميع الأحوال قد تؤدي إما إلى تطبيق قانون دولة الإقامة وإما إلى تطبيق قانون الموطن؛ وفي كلا الحالتين فإن النتائج التي تؤدي إليها هذه الحلول قد تمس بتماسك وتوازن الأسرة المغربية بالمهجر؛ مادام أن

[1]- فهمي محمد كمال: مرجع سابق، ص 41 – 42 .

النظام العام المغربي سيتدخل لاستعباد تطبيق القانون المطبق على أحوالها الشخصية، ورفض معظم الأحكام الصادرة في هذا الصدد عن محاكم دولة الإقامة.

كذلك من إيجابيات هاته القواعد الموضوعية المساهمة في الحد من تحايل الأطراف المعنية بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على أحوالهم الشخصية، وكذا من النزعة الوطنية التي قد تطغى على القاضي المختص عندما يتعلق الأمر بروابط عائلية مختلطة مادام أن هذه القواعد تتضمن حلولا منصفة لكلا طرفي النزاع؛ هذا فضلا عن الحيلولة دون تدخل النظام العام لكل من البلدين لاستبعاد تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد، أو لرفض تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم إحدى الدولتين مادام أن القاضي المعروض عليه النزاع سيعمل على تطبيق القواعد المادية مباشرة على هذا النزاع المطروح أمامه[1].

من هذا المنطلق ومن أجل تحقيق نوع من التوافق والانسجام بين الأنظمة القانونية لكل من بلد الإقامة والبلد الأصلي للمهاجر؛ وكذا تحقيق التعايش بين أفرد الجالية المغربية والمجتمع الأوربي حيث توجد إقامتهم يذهب البعض [2] وعن صدق إلى القول بتبني نموذج الاتفاقيات ذات القواعد المادية الموضوعية كخيار لحل المشاكل التي تعاني منها الجالية المغربية بالمهجر على مستوى روابطها الأسرية.

ونفترح في هذا الإطار أن يتم إبرام مثل هذه الاتفاقيات بشكل جماعي مع مختلف البلدان المنظوية تحت لواء الاتحاد الأوربي على اعتبار أن ذلك سيعمل على توحيد القواعد القانونية المقررة للروابط الأسرية الدولية على مستوى مجموع بلدان الاتحاد الأوربي عوضا عن الحلول الاتفاقية التي تتم في إطار الروابط الثنائية مع كل دولة على حدة.

وينبغي أن تكون القواعد المادية المضمنة في أمثال هذه الاتفاقيات على شكل حلول لكل مشكل من المشاكل الحقيقية التي تعاني منها الجالية المغربية بالمهجر؛ مع الأخذ بعين الاعتبار بخصوص هذه الحلول المقترحة التعديلات الأخيرة التي طرأت على قانون الأسرة المغربي، وكذا بعض المؤسسات المضمنة في مدونة الأسرة والتي من شان الأخذ بها التخفيف من حدة المشاكل التي تثار على مستوى الروابط الدولية الخاصة المغربية الأوربية، كما هو الشأن بالنسبة لمؤسسة الكفالة التي باجتماعها مع مؤسسة التنزيل يمكن

---

[1]- جميلة أحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة، مرجع سابق، ص 157.

[2]- وعلى رأسهم الباحثة جميلة أحيدة في رسالتها السابقة.

أن تعوض الوظيفة القانونية والاجتماعية التي تقوم بها مؤسسة التبني في النظام القانوني الأوربي[1]، وكذا مؤسسة الوصية والهبة التي يمكن أن تعوض مؤسسة الإرث عندما يتعلق الأمر بالزوجة غير المسلمة على اعتبار أن المانع الديني لا يطبق على الوصية.

غير أن السير في هذا الاتجاه، أي تبني نموذج الاتفاقيات ذات القواعد المادية في مجال الأحوال الشخصية إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تجاوز سياسة الاستيعاب الأسري التي تنهجها الدول الأوربية، وبالتالي الحفاظ على الهوية الوطنية، فإن ذلك ينبغي ألا ينسينا توابثنا الشرعية حيث يجب أن تكون القواعد المادية المضمنة في مثل هذه الاتفاقيات متماشية وروح الشريعة الإسلامية السمحاء، ومن تم متوافقة والمبادئ العالمية التي لا تمس بالمسائل الجوهرية للإسلام، ذلك أنه إذا كنا نحبذ ضرورة مراعاة الواقع الغربي وفلسفته؛ بل ومراعاة شعب ثاني بأكمله يتواجد خارج أرض الوطن، وذلك من خلال مسايرة مبادئ الحرية والمساواة واحترام حقوق الإنسان والحياة الخاصة كما هي متعارف عليها كونيا، فإن ذلك ينبغي أن يكون مفروضا بالحكمة والاعتدال دون المساس بالمقومات الدينية للمجتمع المغربي، سيما عندما يتعلق الأمر ببعض المؤسسات الأسرية التي لا يمكن أن نقبل التنازل بشأنها لقطعية النصوص الواردة فيها – المساواة في الإرث مثلا-، كما لا يمكننا قبول الاعتراف ببعض المؤسسات الغربية التي أضحت تهدد مستقبل الأسرة المغربية بالمهجر كإباحة الزواج من جنس واحد.

الفقرة الثانية: نحو صياغة قانون إسلامي أوربي للأحوال الشخصية.

إذا كانت جميع الدول تشترك في إنتاج قواعد القانون الدولي والتعامل معها بشكل أو بآخر؛ وبالتالي نكون أمام تقسيم ثنائي تقليدي، قوانين وطنية وأخرى دولية، فإن التطور المؤسساتي والتشريعي الذي تعرفه بعض المناطق الجغرافية كما هو حال الاتحاد الأوربي فرض على المنظومات القانونية لدولة ما أن تتعايش مع مستوى ثالث من القوانين وهي قوانين المجموعة الأوربية[2].

من هذا المنطلق وأمام صعوبة ملائمة القانون الإسلامي المتعلق بالأسرة مع الأنظمة القانونية الأوربية طبقا للطريقة الكلاسيكية لمنهجية القانون الدولي الخاص، اقترح بعض

[1]- جميلة أحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفضة، مرجع سابق ، ص 165 – 166.
[2]- إدريس بلماحي:" مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الدولي"، مرجع سابق، ص 13 – 14.

الفقه وعلى رأسهم الأستاذ فؤاد رياض [1] ضرورة إخضاع المسلمين المتواجدين في أوربا لقانون خاص بهم في مجال الروابط الأسرية يستمد أسسه من القانون الإسلامي لكن دون أن يتعارض مع النظام العام الأوربي [2]. ويتمثل هذا الاقتراح في الاتفاق على سن قواعد مادية تتعلق بالأحوال الشخصية للجالية المسلمة المقيمة بأوربا يتم تطبيقها على كل المسلمين الأجانب المقيمين فوق تراب هذه الأخيرة، فكيف يمكن تحقيق ذلك؟ وما هي الأجهزة التي ستعمل على صياغة هذا القانون؟ ثم كيف سيتم التعامل مع اختلاف المذاهب الفقهية؟.

قبل ذلك نشير إلى أن الاتفاق على توحيد القوانين الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية ستكون له أهمية قصوى على مستوى الروابط الأسرية للجالية المسلمة بأوربا، وذلك بالنظر لما سيحققه من منافع وإيجابيات سواء للدول الموحد قانونها أو للأفراد الذين سيسهل عليهم اقتضاء حقوقهم أينما كانوا [3]؛ بل إن هذا التوحيد من شأنه أن يشكل قوة ضغط مهمة من ش أنها الدفع بالطرف الأوربي إلى احترام هوية وخصوصية الجالية المسلمة، كما سيسهل على الجهاز القضائي الأجنبي التعامل مع قضايا هذه الجالية مادام أنه سيتعامل مع قانون واحد عوض قوانين مختلفة بسبب تشبث كل دولة بالمذهب السائد فيها.

إذا ثبت ذلك نقول أن الاتفاق على توحيد القوانين الإسلامية قد يبدو لأول وهلة أمرا صعبا لأن المذاهب الفقهية متعددة وليس من اليسير أن يتخلى بلد عربي عن الرأي الراجع في مذهبه إذا كان هذا الرأي مما جرى عليه العمل في الحياة الاجتماعية، غير أنه مع ذلك ليس بالمستحيل لأن هذه القوانين المراد توحيدها مستمدة من الفقه الإسلامي، وهذا الأخير مستمد من مصادره النقلية والعقلية؛ فإذا كانت المصادر النقلية ثابتة لا تحتمل التفسير، فإن المصادر العقلية مرتبطة بالإنسان، والإنسان متجدد الرؤية لأنه وليد مجتمعه وهو أداة تفسير النص الشرعي ومن حكمة التشريع الإسلامي أن النصوص النقلية التي تمثل القرآن والسنة عرضت لأحكام الأسرة بطريقة راعت فيها المرونة في التطبيق والتيسير على

---

[1]- انظر :

- Riad fouad : « pour un code européen de droit musulman »: le statut personnel des musulman : Droit comparé et DIP Bruglont. Bruxelles 1992 p 379.

[2] - selim jahel : « la lente acculturation du droit Maghrebin de la famille dans l'espace juridique Français » op cit p 47.

[3]- الحسن لحلو لملوخي: مرجع سابق ص8.

الناس ومراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية في تنظيم حياة المجتمع بطريقة تكفل له التوازن والاستقرار[1]؛ يضاف إلى ذلك أن النظم القانونية الإسلامية تنتمي لنفس الحضارة ولها قيم واحدة؛ وليس اختلافاتها نتاج صراع حضارات كما هو الشأن في العلاقة مع أوربا، بل هي نتاج تفسير مختلف لقواعد الشريعة الإسلامية؛ وهي كلها عوامل من شانها أن تحفز على الاتفاق على تبني خيار التوحيد على الأقل بين الدول التي لها نفس المذهب الفقهي كما هو الشأن بالنسبة لدول اتحاد المغرب العربي والتي تحتل المرتبة الأولى على مستوى نسبة الجاليات الأجنبية المتواجدة بأوربا.

بقي أن نشير في هذا الصدد إلى أن التفكير في هذا البعد المتعلق بتوحيد القانون الإسلامي لم يأت من قبيل الصدفة وإنما جاء من جهة نتيجة للمعاناة التي تعيشها الجالية المسلمة بأوربا من خلال استبعاد تطبيق قوانينها المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومن جهة ثانية بالنظر لبعض المبادرات الفعلية التي أصبحت تسير في هذا الاتجاه كما هو الشأن بالنسبة للمقترح الذي تقدمت به في دورة صنعاء المنعقدة في شهر فبراير لسنة 1981 المنظمة العربية لوزراء العدل العرب بالتعاون مع المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي بشان تبني مشروع قانون عربي موحد للأحوال الشخصية، حيث نادى هذا المشروع بضرورة مراعاة الأوضاع المختلفة في العالم العربي نظرا لتعدد المذاهب الفقهية السائدة، وذلك من خلال سن مبدأ التدرج في التوحيد مستفيدة في ذلك من الخبرات والتجارب التي حصلت عليها بعض الدول العربية في مجال تطبيق قوانين الأحوال الشخصية[2].

كما أن المغرب دعا من جهته في سنة 1995 إلى خلق هيئة سنية شيعية [3] لتدارس ومعرفة نقط الالتقاء والاختلاف بين مختلف المذاهب الفقهية عن طريق فتح باب الاجتهاد لمعالجة النقط العالقة؛ وبالتالي تحقيق نوع من الانسجام والتقارب بين مختلف هذه المذاهب[4] ونأمل أن تتم في المستقبل القريب ترجمة هذه المبادرات على أرض الواقع من خلال الخروج بقانون إسلامي موحد يشكل مشروعا مجتمعيا للنهوض بالأوضاع الأسرية للجالية المسلمة المقيمة فوق الأراضي الأوربية والتي يقدر عددها بالملايين.

---

[1]- محمد فاروق النبهان: اهمية مراعاة القيم الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية، مجلة الميادين العدد 1988/3 ص 69 – 70.

[2]- نفس المرجع، ص 68.

[3]- ولقد أنشأت هذه الهيئة فعلا بظهير شريف رقم 191 – 95 – 1 بتاريخ 4 غشت 1995 الذي يتعلق بإحداث الهيئة العليا للدراسات الإسلامية، انظر أمينة الخياط، مرجع سابق، ص 83.

[4]- أمينة الخياط: مرجع سابق، ص 83.

خاتمة:

لقد اتضح جليا من خلال هذه الدراسة أن وضعية القانون الوطني المنظم للروابط الأسرية للجالية المغربية بأوربا والذي تمثله مدونة الأسرة لا تبعث على الارتياح؛ فرغم التعديلات المهمة التي جاءت بها هاته الأخيرة، والتي همت بالأساس الوضعية القانونية الأسرية للجالية المغربية بالخارج سواء على مستوى إبرام عقد الزواج أو انحلاله؛ أو على مستوى تنفيذ الأحكام الأجنبية، وهي تعديلات طالما نادى بها أصحاب الشأن الفقهي والقضائي ببلادنا، فإنها تبقى غير كافية لاكتساب اعتراف القضاء الأجنبي بسبب عدم استقرار هذا الأخير على توجه موحد، إذ كلما حاول المغرب الاقتراب من النظام القانوني الأوربي إلا وابتعد عنه هذا الأخير بابتكار تقنيات جديدة تسير معظمها في اتجاه واحد؛ هو استبعاد قانون الأسرة المغربي من حلبة المنافسة والإجهاز على حقه في حكم الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالمهجر، الأمر الذي يجعلنا نستنتج معه أن التغيير الفاعل لا يرتبط فقط بتغيير القوانين بل كذلك بتغيير العقليات في اتجاه ملائمتها مع إكراهات العولمة والتي تضع المغرب أمام رهان فتح قنوات التواصل والحوار مع أوربا من أجل إيجاد جو من التفاهم وإقامة علاقة متداخلة تقوم على تبادل المصالح المشتركة وتفهم الآخر وتقبله كما هو.

وفي انتظار ذلك ومن أجل ضمان التطبيق السليم لمقتضيات مدونة الأسرة على الأقل في الحالات المحدودة التي تسند فيها قواعد الإسناد الأوربية الاختصاص لها فإن الأمر يستدعي ما يلي:

* ضرورة استيعاب القضاء الأوربي للمضامين الفلسفية لمستجدات مدونة الأسرة وأخذه بالاعتبار المجهودات التي قامت بها المملكة المغربية لتعديل هذا القانون من أجل تقليص وتقريب التباعد بين النظام القانوني الأوربي والقانون المغربي في مجال الروابط الدولية الخاصة.

* الإيمان بالاختلاف في الأسس المرجعية لقوانين الأسرة، وتجسيد ذلك على مستوى الحلول المقررة للروابط الدولية الخاصة من خلال إدخال نوع من المرونة على النظام

العام في الحالة التي يتطلب فيها الاعتراف بمؤسسة يجهلها قانون القاضي الناظر في الدعوى.

ومن جهته يجب على الطرف المغربي العمل على ما يلي:

* مواصلة مسيرة تكوين القضاة وتأهيلهم تأهيلا مجتمعيا، إذ لابد من وجود قضاة متسمون بتفتح المدارك؛ ومعرفة خبايا المجتمع الأوربي ونمط تفكيره وتوجهاته وتطلعاته سيما عن طريق استحداث وظائف جديدة بالسفارات والقنصليات المغربية بالخارج – مساعدات اجتماعيات، أطباء نفسانيون ...- تتظافر جهودها مع الجهات القضائية من أجل الدفع بالأطراف إلى التمسك بتطبيق قانونهم الوطني.

* ثم الإسراع بتفعيل المقترحات التي أعلن عنها جلالة الملك في خطاب المسيرة الخضراء بتاريخ 6 نونبر 2005، وخاصة ما يتعلق منها بإحداث المجلس الأعلى للجالية كإطار قانوني ومؤسساتي من شأنه معالجة مختلف المشاكل التي تعاني منها الجالية المغربية بالخارج على جميع المستويات القانونية؛ والاقتصادية؛ والاجتماعية؛ والثقافية؛ وهي مبادرة إن تم تفعيلها بالشكل الجيد من شأنها أن تحفزهم على التمسك بهويتهم الوطنية من خلال المطالبة بتطبيق القانون المغربي عليهم في مجال أحوالهم الشخصية، وبالتالي مواجهة سياسة الاستيعاب التي تنهجها أغلب الدول الغربية اتجاه الجالية المغربية المقيمة فوق أراضيها.

غير أن هذه المقترحات وبقدر أهميتها فإنها قد لا تصمد أمام التطورات التي تعرفها قوانين الأسرة الأوربية، والتي تفرز لنا كل يوم مجموعة من المؤسسات القانونية التي يستحيل قبولها من طرف النظام العام المغربي كالزواج المثلي؛ والمساكنة الحرة؛ وتغيير الجنس...الخ، حيث أن قبول المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لهذه المؤسسات ومناصرتها في العديد من المناسبات، ثم تبنيها من طرف قوانين معظم الدول الأوربية سيعيد بدون شك منعطف الخلاف والتنافر بين القوانين الإسلامية عموما والقانون المغربي على وجه الخصوص مع القوانين الغربية.

وهكذا فإذا ما تشبثت القوانين الأوربية بهذه المؤسسات، فإنه يحق لنا التساؤل عما إذا كان المقنن المغربي قادرا حينئذ على مسايرة هذه الدول في تأويلها لمبادئ المساواة

والحرية والحياة الخاصة حتى ولو كان ذلك على حساب خصوصية وهوية وثقافة مجتمعه؛ وبالتالي التفكير في تعديل جديد لمدونة الأسرة، أم ماذا؟.

قائمة بلائحة المراجع المعتمدة في البحث

أولا: الكتب.

1- باللغة العربية:

* أحمد زوكاغي: أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، تنازع القوانين، الجزء الثاني؛ دار توبقال للنشر، الطبعة الأولى 1992.
* أحمد زوكاغي: تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص، مطبعة الأمنية الرباط الطبعة الأولى 1993.
* إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب وتنازع القوانين، بدون طبعة وبدون تحديد دار النشر 1992.
* إدريس الفاخوري: المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية، أبحاث ودراسات، مطبعة دار النشر الجسور 2002.
* الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية؛ الجزء الأول، مطبعة دار السلام الرباط 1999.
* الحسين والقيد: مجموعة الاجتهادات القضائية في مادة القانون الدولي الخاص، الطبعة السادسة 2000.
* الحسين والقيد: مجموعة الاجتهادات القضائية في مادة القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الثانية 1994.
* المسعودي العياشي : محاظرات في القانون الدولي الخاص 1992.
* بن قدامة: المغني، الجزء السابع دار الفكر الطبعة الأولى، 1984.
* هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية 2000.
* هشام علي صادق: مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني: دراسة مقارنة في تطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ومسخه منشأة المعرف بالإسكندرية 1968.

* محمد موساوي: قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص المغربي، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2002.
* محمد ناصر متيوي مشكوري: مبادئ في القانون الدولي الخاص، مكتبة المعارف الجامعية 2001.
* محمد الشافعي: الزواج في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية رقم 9، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش 2004.
* محمد الشافعي: الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2001.
* محمد شتوي: الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق عقد الزواج، الطبعة الأولى 2004.
* محمود محمد ياقوت: قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الفكر الجامعي 2003.
* نادية فضيل: تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الأولى 2004.
* عبد الله عبد الدائم: العرب والعالم وحوار الحضارات الطبعة الأولى 2002.
* عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين؛ الجزء الثاني؛ دار النهضة العربية الطبعة السادسة 1969.
* فهمي محمد كمال: الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية 1981.
* رياض عبد المنعم وسامية راشد: أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي 1990.
* سعاد الأخرسي: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة: مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى شتنبر 2005.

* خالد برجاوي: إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية، دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2003.

* خالد برجاوي: القانون الدولي الخاص في مادة الأحوال الشخصية مطبعة دار القلم الرباط .2001

2- باللغة الفرنسية:

* Bernard Audit : Droit international privé. Collection droit civil : Edition économica 1997.

* Cathrine labrouse Rian. La compétence et l'application des lois nationale face au phénomène de l'immigration à l'étranger : travaux du comité française de DIP ; SNRS 1975 – 1997.

* Kessmat el Gedawy : relation entre systèmes confessionnel et laïque en DIP ; la librairie Dalloz 1991

* Pieer mayer : Droit international privé 4 édition Paris 1991.

* Riad Fouad : pour un code européenne de Droit musulman ; le statut personnel des musulmans, Droit comparé et Droit international privé Bruylont Bruxelles 1992.

ثانيا: المقالات:

1- باللغة العربية:

* أحمد زوكاغي : حصيلة الاتفاقية المغربية الفرنسية، مجلة المناهج العدد 2، 2002.
* إبراهيم زعيم: الزواج المختلط، ضوابطه وإشكالياته، مجلة المحاكم المغربية، العدد 96؛ السنة 2002.
* إدريس الفاخوري: دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة، مجلة الملف، العدد4 شتنبر 2004.
* إيف لوكيت: المقترب الوظيفي للتنازع بين الجنسيات، ترجمة أحمد زوكاغي؛ مجلة الملحق القضائي؛ العدد 28، السنة 1994
* الحسين الملكي: مدونة الأسرة، المقتضيات الخاصة بالمغاربة بالمهجر، مجلة المسالك؛ العدد الأول 2004.
* الحسين بنحساين: أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون؛ العدد 5 ماي 2002.
* الحسين والقيد والعبدوني أحمد: الزواج المختلط في دول المغربي العربي، مجلة الميادين، العدد الخامس 1990.
* بلمامي عمر: أثر الاتفاقيات الدولية في إعمال فكرة النظام العام؛ دراسة في ضوء القانون الدولي الخاص؛ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية؛ العدد الأول، 1995.
* جان بييري: جانب غير منتظر من التبادل غير المتكافئ في القانون الدولي الخاص، علاقة الأحوال الشخصية بين الإسلام وأوربا، مجلة القضاء والقانون العدد 144 السنة 1992.
* جمال الطاهري: النظام العام كقيد على فاعلية الأحكام القضائية الأجنبية بانحلال الزواج المختلط، المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص أكتوبر 2004.
* جميلة أحيدة: المرأة المغربية المهاجرة والحلول الرسمية الحالية الهولندية؛ المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد خاص 2003.

* هند هاني: الحماية الدولية للمهاجرين العرب – حالة المهاجرين المغاربة نموذجا – مجلة المستقبل العربي؛ العدد 274 السنة 2001.
* حفيظة توتة: قراءة في مبدأ المساواة بين الجنسين من خلال مدونة الأسرة، مجلة المحامي العدد 47؛ السنة 2003
* حسن الزاهر: إشكالية تطبيق أحكام الأسرة بالمهجر، مجلة كلية الشريعة العدد 24 السنة 2001-2002.
* موحى ولحسن ميموني: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف العدد4، شتنبر 2004.
* محمد الوكيلي: أي حلول لتنازع القوانين بشأن الأحوال الشخصية للمرأة المغربية بالمهجر، العلاقات المغربية الأوربية نموذجا، سلسلة لنكسر الصمت العدد3 لسنة 2001.
* محمد الكشبور: وضعية المجلس الأعلى بين محاكم النقض والتشريعات المقارنة، المجلة المغربية لاقتصاد وقانون التنمية؛ عدد خاص(17)؛ 1988.
* محمد الشافعي: الزواج المدني في القانون الفرنسي، مجلة المحامي؛ العدد 35 السنة 2003.
* محمد بن المقدم: إشكالية تنفيذ الأحكام الأجنبية في مادة الطلاق، مجلة رسالة الدفاع؛ العدد 2 نونبر 2001.
* محمد ناصر متيوي مشكوري: الطفل المغربي بين الكفالة والتبني في العمل القضائي المقارن، مجلة للطفل حقوق، عدد مزدوج ¾ ، 1999.
* محمد ناصر متيوي مشكوري: موقع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل في النظام الوطني المغربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 54 – 55 يناير، أبريل؛ 2004.
* محمد فاروق النبهان: أهمية مراعاة القيم الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية؛ مجلة الميادين، العدد 3 / 1988.

* مليكة بن راضي: نماذج واقعية لمشاكل قانونية للأسرة المغربية بالمهجر؛ سلسلة لنكسر الصمت العدد 3/ 2001.
* مليكة حفيظ: مدونة الأسرة، المقتضيات الجديدة المتعلقة بالجالية المغربية، مجلة حقوق المهاجرين، العدد الأول 2004.
* عبد الواحد بن مسعود: مسؤولي قاضي الأسرة في مدونة الأسرة، مجلة الملف العدد الرابع؛ شتنبر 2004.
*عبد الكريم الطالب: دور اتفاقيات الأحوال الشخصية في تنمية التعاون بين دول اتحاد المغرب العربي والاتحاد الأوربي - الزواج والطلاق نموذجا- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد46، السنة 2002.
* عبد العزيز بن عثمان التويجري: الأمة الإسلامية في مواجهة التحدي الحضاري، سلسلة المعرفة للجميع، العدد الثالث 1999.
* خالد برجاوي: تقييم مدونة الأسرة من زاوية القانون الدولي الخاص؛ مجلة المرافعة، العدد 16 أكتوبر 2005.
* خالد برجاوي: قانون الزواج بالمغرب بين مدونة الأحوال الشخصية ومقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب العدد 2، السنة 2001.
* خديجة الركاني: مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان، منشورات الزمن، العدد 4، السنة 2004.

2- **باللغة الفرنسية:**

* Abu sahlieh : conflit entre droit relegieux et droit étatique ;RIDC N°4 / 1997.
* Bentrand Ancel , yves lequette : grand arrêts, RCDIP N° 2/ 1989.
* cour européenne des droits de l'homme, RTDC Avril juin Dalloz 2002.

* cour européenne des droits de l'homme, Revue universel des droits de l'homme N° 3 – 5 / 2000.
* Dominique Bureau : l'application d'office de la loi étrangère : essay de synthèse, JDI N°2 / 1990.
* Frônçoise Moneger : les musulmans devant le juge Française JDI N°2 / 1994
* Frônçoise Moneger : ordre public et jugement étrangère ; Revue Marocaine de droit N°3 / 1987.
* Frônçoise Moneger : la convention franco Marocaine 10.09.1981 : RCDIP 1989.
* Gerard legier : les rapports familiaux et l'ordre public au sens de DIP ; Revue de la recherche juridique N° 2/ 1999.
* Hallen goudman tallon : la désunion des couples en DIP, Recueil des cours de l'académie de la Hay T 266 / 1991.
* Jean yves carlier : Autonomie de la volanté et statut personnel, cahiers des droits Maghrébins vol N°1 Janvier, Juin 1995.
* Jean Deperez : le droit international privé à travers les livres ; Revue juridique politique et économique du Maroc N° 5/ 1979.
* Jean Deperez : la réception du statut musulman en France, cahiers des droits Maghrébins vol N°1 Janvier – Juin 1995.

* Matti pellompâa : la convention européenne des droits de l'homme : quelques reflextion comparatives entre la Finlande et la France, RIDC N°3 / 1995.

* paul Decroux : la convention franco Marocaine, JDI N°4 / 1985.

* Selim Jahel : La lente acculturation des droits Maghrébines de la famille dans l'espace juridique Français. RIDC N°1 / 1994.

* Souhayma Ben Achour : l'adoption d'enfant maghrébins en France ; rue tunisien de droit 1999.

* Titto Balarrino : personne ; famille ; régimes matrimoniaux et succession dans la loi de réforme de DIP Italien, RCDIP N°1 / 1996.

ثالثا: الأطروحات والرسائل الجامعية.

1- الأطروحات الجامعية:

* محمد البعدوي: وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع – بني ورياغل نموذجا – دكتوراه في الحقوق شعبة قانون خاص، جامعة محمد الخامس الرباط 2000 – 2001.

* عبد المجيد غميجة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية الفقه والقانون في مسائل الأحوال الشخصية، دكتوراه في الحقوق شعبة القانون الخاص، كلية الحقوق أكدال الرباط، 1999 / 2000.

* خالد برجاوي: إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب – وضعية المرأة نموذجا – دكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص؛ كلية الحقوق السويسي الرباط 1999 / 2000.

2- الرسائل الجامعية:

* أمينة الخياط: تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية؛ دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص المغربي والمصري؛ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ كلية الحقوق السويسي الرباط / 1997 – 1998.

* الحسن لحلو لملوخي: القانون الدولي الخاص والمسطرة المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق السويسي الرباط 1997-1998.

* بدر حافيضي: الوضعية القانونية الأسرية للجالية المغربية بأوربا ومستجدات مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الشريعة، كلية الشريعة بفاس 2004 – 2005.

* جميلة أحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفظة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكدال الرباط 1994 / 1995.

* هشام أصنيب : ضابط الإرادة في الأحوال الشخصية وآثاره على الجالية المغربية بأوربا الغربية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص؛ كلية الحقوق بفاس 2002 – 2003

* نعيمة راح: دور المجتمع المدني في بلورة مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق أكدال الرباط، 2004 – 2005.

* عبد المنعم فلوس: أحكام الأسرة للجالية المغربية بإسبانيا رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ كلية الحقوق السويسي الرباط، 1995 – 1996.

* فريدة بناني: تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي – الجنس معيارا – رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض بمراكش 1991 – 1992.

* رشيد المرزكيوي: النظام الأوربي لحماية حقوق الإنسان، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام؛ كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط 1991 / 1992.

* خالد برجاوي: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية في دول المغرب العربي، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المغاربي؛ رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكدال الرباط 1993 – 1994.

رابعا: الندوات واللقاءات الدراسية

1- الندوات:

- باللغة العربية.

* الحسن الوزاني الشاهدي: "الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي"، مداخلة في أشغال ندوة علمية في موضوع: " الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من

خلال الاجتهادات القضائية"، نظمت بالرباط من طرف وزارة حقوق الإنسان بتاريخ 21.20.19 أكتوبر 2002، من منشورات مركز التوتيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى دجنبر 2002.

* السعدية بلمير: " الاتفاقيات الدولية والأحوال الشخصية من خلال الاجتهادات القضائية"، مداخلة في أشغال ندوة علمية في موضوع:
" الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية" نظمت بالرباط من طرف وزارة حقوق الإنسان بتاريخ 19 – 20 – 21 اكتوبر 2002، من منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى دجنبر 2002.

* إدريس بلماحي: " مكانة الاتفاقيات الدولية من زاوية القانون الداخلي" مداخلة في أشغال ندوة علمية في موضوع: "الاتفاقيات الدولية والقانون الداخلي من خلال الاجتهادات القضائية" نظمت بالرباط من طرف وزارة حقوق الإنسان بتاريخ 19 – 20 – 21 أكتوبر 2002، من منشورات مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى دجنبر 2002.

* جميلة أحيدة: "التطبيق السليم لمدونة الأسرة بالمهجر رهين بتطبيق وتفعيل المقتضيات المبرمة بين المغرب والدول الأوربية"، مداخلة في أشغال ندوة علمية تحت عنوان: " مدونة الأسرة بالمهجر، إشكالية الفهم والتطبيق"، نظمت بتاريخ 25 – 26 فبراير 2005، بكلية الحقوق أكدال بالرباط، وهي غير منشورة.

<u>باللغة الفرنسية:</u>

- Anne pascal : « création de l’acte de mariage » intervention in colloque sur les relations familiales, organisée à Rabat le 10 et

11 Novembre 2005 entre la cour de cassation française et la cour suprême marocaine, colloque non publiée.

- Ptrick Matet : « la dissolution du mariage » intervention in colloque sur les relations familiales, organisée à Rabat le 10 et 11 Novembre 2005 entre la cour de cassation française et la cour suprême marocaine ; colloque non publiée.

اللقاءات الدراسية:

* محمد لمرابط: " تقييم الاتفاقية، الثنائية المغربية الفرنسية، الجانب القانوني والقضائي" مداخلة في لقاء دراسي نظم بالبيضاء بتاريخ 2000.10.14 تحت عنوان: " مشاكل المرأة المغربية مع القانون"، من منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان، سلسلة لنكسر الصمت العدد 3 السنة 2001.

* عبد الوهاب لمريني: " كيف يتم استقبال القوانين المغربية بالخارج في حالة المنازعات القضائية الأسرية"، مداخلة في لقاء دراسي نظم بالبيضاء بتاريخ 2000.10.14 تحت عنوان: " مشاكل المرأة المغربية مع القانون"، من منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان، سلسلة لنكسر الصمت العدد 3 السنة 2001.

* عبد الرزاق مولاي رشيد: " العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي" مداخلة في لقاء دراسي نظم بالبيضاء بتاريخ 2000.10.14 تحت عنوان: " مشاكل المرأة المغربية مع القانون"، من منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق الإنسان، سلسلة لنكسر الصمت العدد 3 السنة 2001.

خامسا: الجرائـــد:

- جريدة الاتحاد الاشتراكي 28 يناير 2004.

- جريدة العلم 14 أكتوبر 2003.

- جريدة العلم 20 يناير 2004.

Les sites Internet :

http ://www.courdecassation.fr

.echr.coe.int/fr/http://www

الفهـــرس

المقدمـــة

القسم الأول: إمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي على الروابط الأسرية للجالية المغربية بالمهجر.	
الفصل الأول: موقف القضاء الأوربي من تطبيق قانون الأسرة المغربي.	
المبحث الأول: وضعية قانون الأسرة المغربي أمام قضاء الموضوع.	
المطلب الأول: أساس تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي.	
الفقرة الأولى: الوضع في قواعد الإسناد الوطنية.	

الفقرة الثانية: الوضع في قواعد الإسناد الاتفاقية.	
المطلب الثاني: سلطة القاضي الأجنبي في تحديد مضمون قانون الأسرة المغربي.	
الفقرة الأولى: دور القاضي الأجنبي في الكشف عن مضمون قانون الأسرة المغربي.	
الفقرة الثانية: محدودية سلطة القاضي الأجنبي في الكشف مضمون قانون الأسرة المغربي.	
المبحث الثاني: موقف المحاكم العليا الأجنبية من تطبيق قانون الأسرة المغربي.	
المطلب الأول: الرقابة على إعمال قواعد الإسناد.	
الفقرة الأولى: طبيعة قاعدة التنازع.	
الفقرة الثانية: التطبيق القضائي لقاعدة التنازع.	
المطلب الثاني: الرقابة على تطبيق قانون الأسرة المغربي.	
الفقرة الأولى: الاتجاه الرافض لمبدأ الرقابة.	
الفقرة الثانية: الاتجاه الآخذ بمبدأ الرقابة.	
الفصل الثاني: دور مدونة الأسرة في تقوية تنافسية القانون المغربي للأحوال الشخصية أمام القضاء الأوربي.	
المبحث الأول: على مستوى إنشاء الرابطة الأسرية.	
المطلب الأول: تبسيط مسطرة إبرام عقد زواج المغاربة بالخارج.	
الفقرة الأولى: إخضاع شكل إبرام عقد زواج المغاربة بالخارج لقانون محل إقامتهم.	
الفقرة الثانية: رؤية تقييمية لإجراءات إبرام عقد زواج المغاربة بالخارج.	
المطلب الثاني: إدراج مبادئ الحرية والمساواة في القواعد المنظمة للروابط الأسرية.	

الفقرة الأولى: في الروابط الأسرية الشخصية.	
الفقرة الثانية: في الروابط الأسرية المالية.	
المبحث الثاني: على مستوى انحلال العلاقة الزوجية وتنفيذ الأحكام الأجنبية.	
المطلب الأول: بالنسبة لانحلال العلاقة الزوجية.	
الفقرة الأولى: تكريس مبدأ الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية.	
الفقرة الثانية: إقرار ضمانات مالية وقانونية لفائدة الزوجة والأطفال.	
المطلب الثاني: بالنسبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية.	
الفقرة الأولى: تبسيط مسطرة نفاذ الأحكام الأجنبية.	
الفقرة الثانية: موقف القضاء من نفاذ الأحكام الأجنبية.	
القسم الثاني: مثبطات تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي وآليات تجاوزها.	
الفصل الأول: مثبطات تطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي.	
المبحث الأول: الدفع بالنظام العام الأوربي وقوانين التطبيق الفوري .	
المطلب الأول: الدفع بالنظام العام الأوربي.	
الفقرة الأولى: النظام العام الأوربي مفهوم مستمد من حقوق الإنسان.	
الفقرة الثانية: الدفع بالنظام العام من خلال تطبيقات المحاكم الغربية.	
المطلب الثاني: الدفع بقوانين التطبيق الفوري.	
الفقرة الأولى: مفهوم قوانين الضبط أو قوانين التطبيق الفوري.	
الفقرة الثانية: دور قوانين الضبط في الحد من تطبيق قانون الأسرة المغربي.	
المبحث الثاني: اعتماد القضاء الأوربي ضوابط إسناد جديدة في مجال الأحوال الشخصية.	
المطلب الأول: تقييد المجال المشمول بقانون الجنسية لفائدة ضابط الموطن.	

الفقرة الأولى: طغيان قانون الموطن على القانون الوطني.	
الفقرة الثانية: أثر التطبيق السلبي لضابط الموطن على الأوضاع الأسرية للجالية المغربية.	
المطلب الثاني: اقتحام ضابط الإرادة والمصلحة الفضلى للطفل للروابط الأسرية عبر الوطنية.	
الفقرة الأولى: ضابط الإرادة وإمكانية تطبيق قانون الأسرة المغربي.	
الفقرة الثانية: ضابط المصلحة الفضلى للطفل وأثره على تطبيق قانون الأسرة المغربي.	
الفصل الثاني: نحو احترام أفضل لتطبيق قانون الأسرة المغربي من طرف القضاء الأوربي.	
المبحث الأول: تبني الطرح الاتفاقي.	
المطلب الأول: مبررات تدعيم الحل الاتفاقي.	
الفقرة الأولى: قصور المنهج التنازعي.	
الفقرة الثانية: توفيق الحلول الاتفاقية بين خصوصيات أطرافها.	
المطلب الثاني: العوامل المشجعة على تبني الطرح الاتفاقي.	
الفقرة الأولى: العوامل القانونية.	
الفقرة الثانية: العوامل الاقتصادية.	
المبحث الثاني: الإطار المستقبلي للحل الاتفاقي.	
المطلب الأول: على المدى القريب.	
الفقرة الأولى: إعادة صياغة الاتفاقيات الثنائية الحالية.	
الفقرة الثانية: إتمام المصادقة على باقي الاتفاقيات الثنائية.	
المطلب الثاني: على المدى المتوسط.	
الفقرة الأولى: التأسيس لاتفاقيات تتضمن قواعد مادية موضوعية في مجال الأحوال الشخصية.	

الفقرة الثانية: نحو صياغة قانون إسلامي أوربي للأحوال الشخصية.	
الخاتمـــة	
لائحة المراجع	
الفهــرس	